جامعة نجم الدين أربكان

معهد العلوم الاجتماعية

المجتبى

شرح مختصر القدوري

للإمام أبو الرجا نجم الدين مختار بن محمود بن محمد الزاهدي الغزميني (٦٥٨هـ)

(دراسة وتحقيق)

رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي

إعداد الطالب

مصطفى قراجه

إشراف

أ.د. أورخان جكر

٢٠١٥م - ١٤٣٦هـ

المجلد الثالث

المناكحات - المفارقات - العقوبات

فهرست الكتاب



٣٣ كتاب النكاح



[٢٨٦/ب] إعلم[1] أن الأفعال الداخلة تحت التكليف ثلاثة أقسام.[2] عباداة محضة. وهو المقصد من فطرة الثقلين كالمعارف الدينية والصلوات والصدقات وما يضاهيها. ومعاملات محضة[3] كالبياعات والإجارات والضمانات وما يحاكيها[4] وحاوية للمشبهين ومركبة من الأصلين كالأنكحة وما يلازِمها وما يتفرّع عنها وما يضارعها.[5] وتقديم البسيط على المركب من قضايا العقول ومواجب الفروع والأصول.

---

١ رتب المصنف كتاب النكاح بعد كتاب المساقاة. مناسبة النكاح للمسافاة أن المطلوب في كل منهما الثمرة. الميداني اللباب

[illegible]

يحصلبالقتال

[illegible]

، الخصوصيتين أيهما يقتضي أو أكثر اقتضاء للتقدم وقد يفضي إلى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعي تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار في ذلك أدخل في طريقة أهل العلم والتحصيل. فتح القدير ١٨٤/٣.

٣ ف : - محضة

٤ ف : وما يحكيها

٥ يضارعها أي يشبهها

فلهذا ابتدأ[1] المصنّف بالعبادات ثم ثنّى بالمعاملات ثم ثلّث بالنكاح الذي هو تحصين نصف الدين وسنة الأنبياء والمرسلين[2] على ما قال ﷺ « **من تزوّج فقد حصن نصف دينه فليتق الله في النصف الثاني** »[3] ولأن من شرائط ندبية[4] النكاح بالاتّفاق القدرة على المهر المعجّل والإنفاق.

وهي تتوقف[5] في الأغلب على الكسب الحلال الذي هو من أجمل المحامد والخصال. والكسب يتوقّف على معرفة أحكام المعاملات كالبياعات والإجارات[6] والشركات والمزارعات ونحوها. فلهذا قدّمَ ضروبَ هذه الأبواب على النكاح ليتناسبَ أركان هذا التصنيف الشريف ويتلاءمَ[7] مباني ترتيبه والترصيف.ك[8]

---

[1] ف : ابتداء

[2] لقوله عليه السلام "أربع من سُنَن المرسلين الخِتان والسواك والتعطر والنكاح" الترمذي السنن "**نكاح**" ٢ .

[3] البيهقي "**شعب الإيمان**" **١٠ / ١١١** بلفظ "إذا تزوج العبدُ فقد استكمل نصف الدين فليتق الله في النصف الباقى"

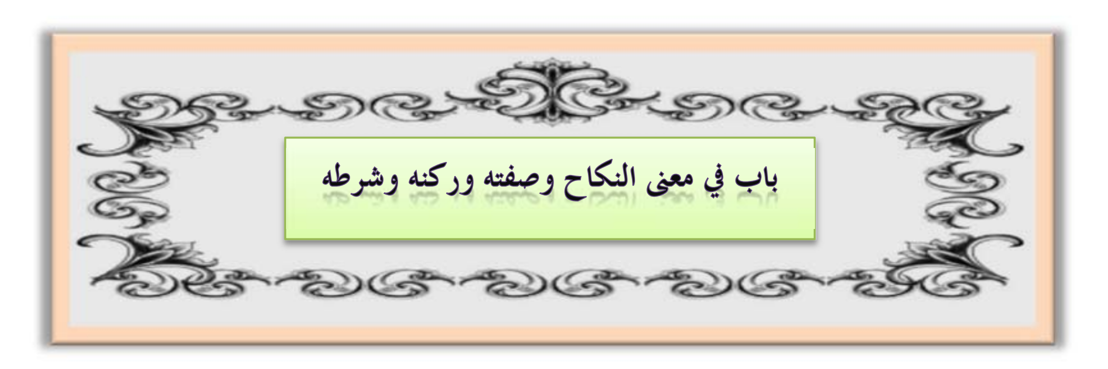
[4] ق : – ندبية

[5] ف : يتوقف

[6] ق : – والإجارات

[7] ق : تتلاءمَ

[8] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين



٣٣. ١ باب في معنى النكاح وصفته وركنه وشرطه

٣٣. ١. ١ فصل في معني النكاح لغة وشرعا

ثم النكاح في اللغة عبارة عن الضم.[١] يقول العرب " أنكحنا الفرا فسنرى"[٢] يضربونه مثلا للأمر الذي يجتمعون[٣] عليه. فينظرون ماذا يكون منه؟[٤] ويقول[٥] أيضا "إن القبور تنكح الأيامى"[٦] أي تجمعها[٧] وقال الشاعر[٨] "أنكحتْ صمُّ حصاها خفَّ يعمَلةٍ.[١] تغَشمَرت بي إليك السهل والجبلا"[٢] وفي الشريعة يستعمَل

---

١ ... أهلهن. المبسوط ٤/١٩٢.

٢ والفرأ بفتح الفاء والراء والآخِرِ مَهمُوز مَقصُورٌ هو حمار الوحشِ أي جمَعنا بين الحمار الوحشِيِّ وبين أُنثاه وسننظُر إلى ما يحدُث منهما يُضرب مَثلا للأمر يُنتظَر وقوعه ولا يُدرى كيف يقع. طلبة الطلبة ١/١٠٤.

٣ ق : يجمعون

٤ ق : + الغير

٥ ف : تقول

٦ قصّ وتزوج بكر بن حصين من بني عامر بن لؤي رقية بنت سعيد بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب فتقدمت إلى عبد الملك بن مروان حين حج وهو بالمدينة فتكلمت في أمر زوجها فقال ومن زوجك قالت بكر بن حصين قال انسبي لي أبا آخر فإن عهدي بالقوم بعيد قالت ابن أويس قال ويحك أو تنكح المرأة عبدها فقالت يا أمير المؤمنين إن القبّور تنكِح الأيامى النسوة ولأرمل اليتامى. أنساب الأشراف ٢/٤٥٠.

٧ ف، ق : يجمعها

٨

للعقد كقوله تعالى ﴿فانكِحوهن بإذن أهلهن ﴾[3] للوطئ كقوله تعالى ﴿الزاني لا ينكِح إلا زانية أو مشركة ﴾[4] وأراد به الوطئ. ولو قال لأجنبية "إن نكحتكِ فعبدي حرّ" يقع على العقد. ولو قالها[5] لامرأَته فعلى الوطئ. شق[6]

النكاح في اللغة والشرع حقيقة في الوطئ مجاز في العقد. وقال الشَّافعي إنه في الشرع عبارة[7] عن العقد. لأنّ الله تعالى حيثما ذكره في القرآن أراد به العقد. وهذا لا يصحّ. لأنّه تعالى [٢٨٧/أ] قال ﴿الزاني لا ينكِح إلا زانية أو مشركة ﴾[8] وأراد به الوطئَ بالإجماع.[9] وقال ﴿ حتى إذا بَلغوا النكاح ﴾[10] وأراد به الوطئَ بالإجماع. تح[11] النكاح في اللغة[12] ألجمع المطلق وفي الشرع[13] ألعقد بشرائطه. شس[14] النكاح لغة هو الوطئ ثمّ استعير للعقد مجازا. وفي المغرب[15] أصل النكاح الوطئ. منه قول النجاشِي[16] "التاركين على ظهر نساءهم[17] والناكِحين بشَطّي دجلة البَقرا"[1] ثمّ قيل للتزوّج نكاح مجازا. قال الأعشى[2] "فانكِحن أو

صغير ورسائل عدها ٢٣٣ رسالة ووفاته في هراة مسموما. الزركلي الأعلام ١١٥/١.

[1] اليعملة بفتح الياء الناقة المطبوعة على العمل. شرح الزرقاني على موطأ ١٦١/٣.

[2] أي ضمَمتُ بين صُم الصفا وبين خُف اليعمَلة والصُّمُّ جمع أصم وهو الصخر الذي لا خرق فيه ولا صدع والصفا الحجر الأملسُ والصفوان كذلك واليعمُلة الناقة القوية على العمَل تعَشمَرت أي تعسفت. وقال في ديوان الأدب تعَشمَره أي أخذه قهرا. وقال في مُجمَل اللغَة الغَشمَرة إتيان الأمر من غير تثبت ومَعني البيت جمَعتُ وضمَمتُ بين حجارة هذه المفازة وبين خُف ناقة لي قوية مالت بي يمينا وشِمالا سهلا وجبَلا إليك أيُّها الممدُوح هذا تخريجُ أهل الإتقان من العلماء لهذا البيت ولهذا المثل والأُدباءُ يحملونها على المجازِ من العقد فيقولون مَعني قولهم زوجنا العير أتانا فسننظُر كيف يُولدُ لهما ومَعني قول المتنبي زوجتُ حجر هذه المفازة خُف الناقة وزففتُها إليه فهو يفتضها وهو استعارة عن الجُرح والتدمية. النسفي طلبة الطلبة ٣٥٧/١.

[3] النساء ٤\٢٥

[4] النور ٢٤\٣

[5] ق : + حقا

[6] شق : شرح الأقطع

[7] ق : اعتبار

[8] النور ٢٤\٣

[9] ف، ق : - وأراد به الوطئَ بالإجماع

[10] النساء ٤\٦

[11] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[12] ف، ق : لغة

[13] ف، ق : شرعا

[14] شس : شرح السرخسي

[15] للمطرزي ناصر بن عبد الله السيد ت ٦١٠ هـ. المغرب في ترتيب المعرب تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار حلب ١٣٩٩ هـ .

[16] النجاشي الحارثي ٤٩ هـ قيس بن عمرو بن مالك بن الحارث بن كعب بن كهلان. شاعر هجاء مخضرم اشتهر في الجاهلية والإسلام وأصله من نجران باليمن انتقل إلى الحجاز واستقر في الكوفة وهجا أهلها. وهدده عمر بن الخطاب بقطع لسانه وضربه علي على السكر في رمضان. قال البكري: النجاشي من أشراف العرب إلا أنه كان فاسقا وكانت أمه من الحبشة فنسب إليها. تراجم شعراء ٨٦١/١.

[17] ف : - التاركين على ظهر نساءهم.

تأبّدا"[3] أي فتزوّج أو توحشَ. لأنّه سبب الوطئ. وقولهم ألنكاح الضمّ مجازا[4] أيضا تسمية للمسبّب باسم السبب. والأول على عكسه.

قلت والصحيح ما ذهبَ إليه خاتَمة المجتهدين أبو الحسين[5] القدوري وصاحب المغرب والمغرب[6] برهان الدين المطرزِي[7] قدس الله أرواحهما وأرواح كافة العلماء. لأنّه حيثما حُمل على العقد في القرآن. إنّما حمل عليه بدلالة القرينة. كقوله تعالى ﴿ **فانكِحوهن بإذن أهلهن** ﴾[8] والجماع لا يتوقّف على الإذن. و قوله ﴿ **فانكِحوا ما طَابَ لكم من النساء** ﴾[9] والوطئ لم يشرع باعتبار الطيب. و قوله ﴿ **وأنكِحوا الأيامى منكم** ﴾[10] ووطئ الأيامى من بناهم وأخواهم محرم عليهم. وحقيقة اللفظِ ما يتبادر الفهم إليه في صورة عرائِه عن القرينة في مبادي استعماله. غاية الأمر أن أفهام الخلق من العجم وبعض العرب يتبادر[11] إلى العقد. لكن لشهرة هذا المجاز وكثرة استعماله ومن المجاز ما يغلب الحقيقة بالشهرة والكثرة. ويسمّى المجاز المتعارف. والعقد متعارف الفقهاء.

---

[1] أوّله : اذا سقى الله قوما صوب غادية فلا سقى الله اهل الكوفة المطرا التاركين على طهر نساءهم و الناكحين بشطي دجلة البقرا و السارقين اذا جن ليلهم و الطالبين اذا ما اصبحوا السُّور.

[2] ميمون بن قيس بن جندل من بني قيس بن ثعلبة الوائلي أبو بصير ٧.هـ المعروف بأعشى قيس ويقال له أعشى بكر بن وائل والأعشى الكبير من شعراء الطبقة الأولى في الجاهلية وأحد أصحاب المعلقات كان كثير الوفود على الملوك من العرب والفرس غزير الشعر يسلك فيه كل مسلك وليس أحدٌ ممن عرف قبله أكثر شعرا منه. تراجم شعراء ١٢٥/١.

[3] أوّله ولا تسخرن من بائِس ذي ضرارة ولا تحسبنّ المرءَ يوما مخلدا- ولا تقربَنّ حارة إنّ سِرّها عليك حرامٌ فانكِحن أو تأبّد. الطاهر بن عاشور التحرير والتنوير ٦٦/١٥.

[4] ق : مجاز

[5] ف : أبو الحسن

[6] ق : - والمغرب

[7] أبو الفتح النحوي الأديب من أهل خوارزم قرأ على الزمخشري والموفق وبرع في النحو واللغة والشعر وأنواع الأدب والفقه على مذهب الحنفية ويقال: أنه كان خليفة الزمخشري وكان معتزليا تام المعرفة بفنه رأسا في الاعتزال داعيا إليه ينتحل مذهب الإمام أبي حنيفة في الفروع فصيحا فاضلا في الفقه صنف شرح المقامات للحريري وله مختصر الإقناع في اللغة والمصباح في النحو ومختصر الإصلاح لابن السكيت وغير ذلك وانتفع الناس بكتبه؛ والمطرزي: نسبة إلى من يطرز الثياب ويرقمها ولا أعلم هل كان يتعاطى ذلك بنفسه أم كان في آبائه من يتعاطى ذلك فنسب إليه؟ قاله ابن خلكان. ولد في رجب ومات بخوارزم في يوم الثلاثاء حادي عشر جمادى الأولى سنة ٦١٠. القرشي الجواهر المضيئة ١٩٠/٢

[8] النساء ٤\٢٥

[9] النساء ٤\٣

[10] النور ٢٤\٣٢

[11] ف، ق : تتبادر

٢.١.٣٣ فصل في صفات النكاح الشَّرعية

ثم اختلف العلماء في صفة النكاح المشروع. **تح**[١] فقال داود بن عليّ[٢] ومن تابعه من أصحاب الظَّواهر[٣] النكاح[٤] فرض عين. حتّى أن[٥] من قدر على الوطئ والإنفاق[٦] يأثم بتركِه. وقال الشافعي إنه مباح. واختلف فيه أصحابنا. فقيل هو فرض كِفاية. وقيل مستحبّ. وقيل واجب على الكفاية. **شس**[٧] مسنون مستحبّ في قول جمهور العلماء. واجب عند أصحاب الظَّواهر للأوامر المطلقة. ولنا قوله ﷺ « **ألا من خشي منكم الباءَة**[٨] **فليتزوّج** »[٩] علق الأمر بالخشية فيكون عدما قبله ولعزوبة[١٠] جماعة من فقهاء الصحابة من غير نكير.[١١]

قلت والتوفيق بين الأخبار المروية المتعارضة فيه والآثار أن الأحوال الغالبة ثلاث. حال هيجان الشهوة والقدرة على إيفاء مواجب النكاح. فيجب في هذه الحالة. والأوامر والوعيد محمول عليه. وحال اعتدال لا يخاف على نفسه الزني ولا الميل فيستحبّ. وحال الخوف عن الجور والعجزِ عن الإيفاء[١٢] بمواجبه فيباح أو يكره. وآثار العزلة والعزوبة محمولة عليه إذا عرفنا هذا.

---

١ تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

٢ داود بن علي الأصبهاني الظاهري صاحب المذهب الفقيه أبو سليمان. مولده سنة مائتين. وقيل اثنتين ومائتين بالكوفة. ونشأ ببغداد. وفيها مات سنة سبعين ومائتين. وإنما قيل له الأصبهاني لأن أمه أصبهانية. وكان عراقيا. أخذ العلم والحديث عن إسحاق وأبي أيوب وغيرهما. قال الخطيب في تاريخه: كان إماما ورعا زاهدا ناسكا. وفي كتبه حديث كثير. لكن الرواية عنه عزيزة جدا. وصنف الكثير. قال ابن حزم كتب ثمانية عشر ألف ورقة. القرشي الجواهر المضيئة ٢/٤١٩.

٣ أساس المذهب الظاهري العمل بظاهر القرآن والسنة مادام لم يقم دليل على إرادة غير الظاهر ثم عند عدم النص يأخذ بالإجماع بشرط أن يكون إجماع علماء الأمة قاطبة وقد أخذ الظاهرية بإجماع الصحابة فقط فإن لم يوجد النص أو الإجماع أخذوا بالاستصحاب: وهو الإباحة الأصلية. القرشي الجواهر المضيئة ٢/٤٢٠.

٤ ف : إن النكاح

٥ ف : - أن

٦ ق : و له إنفاق

٧ شس : شرح السرخسي

٨ الباءة فى كلام العرب الجماع وتجمع بآء كما تجمع الراءة رآء. شرح صحيح البخارى لابن بطال ٤/٢٦.

٩ البخارى "**صوم**" ١٠ "**نكاح**" ٢-٣ بلفظ "من استطَاع الباءَة فليتزوج"؛ المسلم "**نكاح**" ١-٣؛ بلفظ "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"؛ أبو داود "**نكاح**" ١-٢؛ النسائي "**صيام**" ٤٣ "**نكاح**" ٣؛ ابن ماجه "**نكاح**" ١؛ أحمد بن حنبل "**مسند**" ١/٣٧٨ ٤٢٤ ٤٢٥.

١٠ [illegible] الجوهري الصحاح ١/٤٦٧.

١١ لعبد الفتاح أبو غدة العلماء العزاب الذين آثروا العلم على الزواج. الطبعة الأولى ١٤٠٢ بيروت.

١٢ ق : إنفاق

٣٣ .١ .٣ فصل في ركن النكاح و صيغَته

قال المصنف:[١] **النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول بلفظين يعبَّر بهما عن الماضي أو[٢] بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل.** [٢٨٧/ب] **مثل أن يقول "زوجني" فيقول "قد[٣] زوجتك"**[٤]

أما اعتبار الإيجاب والقبول فلكونهما علما على التراضي بمواجبه. وصيغة الماضي وإن كانت للإخبار لكنّه جعل إنشاء شرعا. وأما انعقاده بالمستقبل استحسانا دون البيع. لأنّ النكاح لا يكون إلا بعد مراودة ومشاورة. فكان المستقبل للإيجاب لا للوعد بخلاف البيع. ولأن قوله "زوجني" توكيل بالنكاح. والواحد يتولى طَرفي العقد في باب النكاح دون البيع. ولأن قدرة الزوج على الرد[٥] يقضي إلى الإضرار بها وإلحاق العار والشَّنار[٦] بقبيلتها. **شس**[٧] **ط**[٨] قال لها "جئتكِ خاطبا" أو قال "خطَبتكِ إلى نفسكِ" فقالت "قد فعلت" كان نكاحا تاما. وفي نوادر المعلى قال أبو حنيفة قال لرجل "جئتك خاطبا ابنتك" أو "جئتك لتزوّجني ابنتك" فقال "زوجتك" تمّ النكاح.[٩] **ك**[١٠] مثله **شق**[١١] لو قال "أتزوّجكِ على ألف" فقالت "تزوّجتك على ذلك" فهو عقد جائز.

قلت دلّت هذه المسائل على أن النكاح ينعقد بالأمر من أحد الجانبين وبالمضارع وبالمستقبل وعلى أن لفظَ "زوجت" و"تزوّجت" يصلح[١٢] من الجانبين. وبه صرح في المنية.[١٣] ودل عليه مسئلة. **ن**[١٤] أبو بكر

---

١ ق : - المصنف

٢ ف : + يعبر

٣ ق : - قد

٤ ق : - قد

٥ ق : رد

٦ الشنار بالفتح العيب والعار. الجوهري الصحاح ٣٥٤/١.

٧ شس : شرح السرخسي

٨ ط : المحيط

٩ ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

١٠ [illegible] .١

١١ شق : شرح القدوري الأقطع

١٢ ق : تصلح

١٣ منية الفقهاء لأستاذ الزاهدي بديع بن منصور العراقي. القرشي الجواهر المضيه ٣٦٣/٢.

١٤ ن : النوازل

خنثى مشكل[1] زُوِّج من خنثى مشكل برضي الوليّ[2] فكبرا فإذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندي. لأنّ قوله "تزوّجتكِ" يستوي[3] من الجانبين. **ط**[4] **ن**[5] **شط**[6] وبمجرد لفظِ "الإعطَاء" اختلاف المشايخ. فلا بد من زيادة قوله "بزني" عند لفظ "الإعطَاء" ليصير متّفقا عليه. **ط**[7] ولو قال بزني دادي.[8] فبعض مشايخ[9] بَلخ جعلوه استفهاما وبعضهم أمرا. قال عمَر النسفي ومعني الأمر راجح في العرف.

قلت فهذا يدلّ على أن الاستفهام[10] لا ينعقد. وفي **شط**[11] قال له هل أعطَيتها؟ فقال "أعطَيت" فإن كان المجلس للوعد فوعد. وإن كان للعقد فنكاح. وفي المنية **شم**[12] "زوجت بنتي منك بكذا" فسكت الخاطب فقال له "المهر أدفع إلى المهر" فقال "نعم" فهو قبول. **قع**[13] ليس بقبول. **نج**[14] لو قالت "زوجت نفسي منك بَعد انقضاء عدتي"[15] فقيل لا يصحّ كالتعليق. **بف**[16] أضاف النكاح إلى وقت في المستقبل لا يصحّ يستحبّ أن يكون النكاح ظَاهرا وأن يكون قبله خُطبَة وأن يكون عقده في يوم الجمعة وأن يتولى عقده وليّ رشيد وأن يكون بشهود عدول.

---

[1] إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فإن كان يبول من الذكر فهو غلام. وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى. وإن كان يبول منهما والبول يسبق من أحدهما نسب إلى الأسبق فإن كانا في السبق سواء فلا عبرة بالكثرة عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ينسب إلى أكثرهماز. وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل وإن ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة فإن لم تظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل. مختصر القدوري كِتاب الخُنثى ١٠١.

[2] ق : المولي

[3] ف، ق : تستوي

[4] ط : المحيط

[5] ن : النوازل

[6] شط : شرح الطحاوي

[7] ط : المحيط

[8] فيما ينعقد به النكاح وما لا ينعقد به سُئِل نجمُ الدين عمن قال لامرأة خويشتن رابهز اردرم كابين بمن بزني دادي فقالت بالسمع والطّاعة قال ينعقد النكاح ولو قالت سياس دارم لا ينعقد لأن الأول إجابَة والثاني وعدٌ كذا في المحيط. الفتاوى الهندية ٢٧٠/١.

[9] م : - بلخ

[10] ق م ى : بالاستفهام

[11] شط : شرح الطحاوي

[12] شم : شرح الموذني القدوري

[13] قع : قاضي عبد الجبار

[14] نج : نجم الأئمة الحكيمي

[15] العدة لغة مأخوذة من العد والحساب والعد في اللغة الإحصاء وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا فعدة المرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها أو أيام حملها أو أربعة أشهر وعشر ليال وقيل تربصها المدة الواجبة عليها وجمع العدة عدد كسدرة وسدر والعدة بضم العين الاستعداد أو ما أعددته من مال وسلاح والجمع عدد مثل غرفة وغرف. الموسوعة الفقهية ٣٠٤/٢٩.

[16] بف : أبو بكر محمد بن الفضل

٣٣. ١. ٤ فصل في صفات الشَّاهد الذي ينعقد به النكاح

قال: **ولا ينعقد نكاحُ مسلمَين إلا بحضور شَاهدَين حرَّين بالغَين عاقلَين المسلمَين رجلَين**[١] **أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو مَحدودين في قذف.**

لقوله ﷺ « **لا نكاح إلا بشهود** »[٢] وإنه حجّة على مالك في اشتراط الإعلان دون [٢٨٨/أ] الشهود. ثمّ كلّ شخص ملك قبول ذالك النكاح بنفسه ينعقد بحضوره. وما لا فلا كالفاسق والأعمى والمحدود في القذف. قال الشافعي لا بدّ من وصف الذكورة والعدالة حتّى لا ينعقد عنده بشهادة الفساق لقوله ﷺ « **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل** »[٣] ولنا أن[٤] له شهادة. لأنّ الشهادة نوع ولاية. وله ولاية على نفسه وغيره. ولهذا صلح قاضيا. ولأن ما روينا من الحديثِ راجح لموافقته العقل والقياس على سائر العقود. فإن قلت ثمرة الإشهاد الأداء دفعا لخلل التجاحد. ولا تقبل شهادة الفاسق والمحدود. قلت الأداء ليس بشرط كما في شهادة العميان وابني العاقدين. ولأن النكاح يشيع بإخبارهما. ويشتهر فيما بين الناس. ويجوز فيه الشهادة بالتسامع فيندفع خلل التجاحد.

قال: **فإن تزوّج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد والشافعي**[٥] **لا يجوز.**

لأنه شهادة عليهما. ولا شهادة للكافر على المسلم. ولهما أن الشهادة يعتبر[٦] في النكاح من حيث ثبوت ملكِ المتعة عليها.[٧] وهما شاهدان من هذا[٨] الوجه. وشهادة الذمّيّ على الذمّيّة مقبولة. **ط**[٩] ولا تقبَل شهادة الكفار[١٠] والصبيان والمجانين والعبيد والمدبّرين والمكاتبين والنائمين والأصمّين الذين لا يسمعون كلامَ المتعاقدين. **سبج**[١١] **شك**[١٢] ينعقد بشهادة الأصمّين. واختلف في أن سماع الشهود كلام العاقدين وفهمه هل

---

١ ق :- رجُلين
٢ الترمذي "**النكاح**" ١٥؛ ابن ماجه "**النكاح**" ١٥؛ ابن أبي شيبة "**المصنف**" ٤٥٥/٣.
٣ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٩٦/٦؛ الدارقطني السنن "**نكاح**" ٢٢١/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٦٩/٣.
٤ ف، ق : - أن
٥ ف : - والشافعي
٦ ق : تُعتبَر
٧ ق : عليهما
٨ ق : - هذا
٩ ط : المحيط
١٠ ق : الكافر
١١ سبج : إسبيجابي
١٢ شك : شرح السير الكبير

هو شرط أم لا؟ فقيل[1] ق[2] لا بدّ من سماع الشهود كلامَهما. جت[3] الاعتبار لسماع[4] الشهود لفظ النكاح. وإن لم يعرفوا تفسيره. والظاهر خلافه. وفيه عن محمد تزوّجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز. م[5] عن أبي يوسف سمعه أحدهما ثمّ أعيد على الآخر فسمعه إن اتّحد المجلس جاز استحسانا. وإلا فلا. وعنه لا بدّ من سماعهما معا. نظ[6] الأصحّ أنّ سماعهما معا شرط. وبه عامّة العلماء. فض[7] زوّجها بحضرة السّكارى وهم يعرفون أمر النكاح. لكنّهم ينسونه بعد الصحو[8] ينعقد.[9] ن[10] ث[11] سمع الشهود قبولها من البيت ولم يروا شخصا[12] جاز إذا لم يكن في البيت غيرها. وإلا فلا. وكذا التوكيل. نظ[13] وينعقد بشهادة الأخرسين وبشهادة ابنيه لا منها وبشهادة ابنيها لا منه[14] وبشهادة ابنيه[15] منهما.[16] ن[17] وكلت رجلا بتزويجها[18] فزوجها وهي حاضرة بحضرة امرأتين جاز. وتقبل شهادة الوكيل عند التجاحد إذا قال[19] "أشهد أن هذه إمرأة هذا" ولا تقبل إذا قال "إني زوجتها منه." صغر[20] قخ[1] تزوّجها بغير شهود ثم أقرّ[2] بالنكاح بين يدي الشهود اختلفوا فيه. [٢٨٨/ب] والأصحّ أنّهما إذا سميا فيه المهر ينعقد نكاح مبتدأ.

---

١ ف، ق : + وقيل

٢ ق : قدوري

٣ جت : جمع التفاريق للبقالي

٤ ق : بسماع.

٥ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٦ نظ : النظم للزندويستي

٧ فض : فتاوى فضيلي

٨ ق : الصحة

٩ [illegible] بشهود. المحيط البرهاني ٣/١٠٥.

١٠ ن : النوازل

١١ ث : أبو الليث

١٢ ف : شخصها

١٣ نظ : النظم للزندويستي

[illegible] تقبل. بدائع الصنائع ٢/٢٥٦.

١٥ ف : أخيه

١٦ ق : منها

١٧ ن : النوازل

١٨ ف : يتزوجها

١٩ ق : - قال

٢٠ صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين الشهيد



٣٣ . ٢ باب في المحرّمات

٣٣ . ٢ . ١ فصل في المحرّمات تأبيدا

قال: **ولا يحلّ[٣] للرجل أن يتزوّج بأمّه ولا جدّاته من قبَل الرّجال والنّساء ولا ببنته ولا ببنت ولده وإن سفلت.**

لقوله تعالى ﴿ **حرّمت عليكم أمّهاتكم وبَناتكم** ﴾[٤] واسم الأمّ يتناول الجدّات. واسم البنت يتناول بنات الأولاد مجازا فمن جواز[٥] الجمع بين الحقيقة والمجازِ. قال[٦] حرمت الجدات والنوافل بالآية ومن منع قال ثبت حرمتهن بالإجماع والقياسِ.

قال: **ولا بأخته ولا بعمّته ولا بخالته ولا ببَنات أخِيه ولا ببَنات أخته ولا بأمّ[٧] امرأته[١] دخل ببنتها أو لم يدخل ولا ببنت امرأته التي دخل بها سواء كانت في حجره أو في[٢] حجر غيره ولا بامرأة أبيه وأجداده ولا بامرأة ابنه[٣] وبَني أولاده ولا بأمّه من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة.**

---

١ قخ : قاضي خان

٢ ق : أقرا

٣ تعالى. فتاوى قاضيخان ١/١٧٧.

٤ النساء ٢٣\٤

٥ ف، ق : فمن جوز

٦ ق : قلت

والأصل في ذلك[4] قوله تعالى ﴿ **ولا تنكِحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشَة ومَقتا وساءَ سبيلا** ﴾[5] ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم** ﴾[6] الآي. قال ابن عبّاس رضي الله عنهما حرمَ الله تعالى سبعا بالنسب[7] وسبعا بالسبب بهاتين الآيتين. أما بالنسب فالأم والبنت والأخت والعمة والخالة وبنات الأخِ وبنات الأخت. وأما السبب فالأم والبنت[8] والأخت من الرضاع وأم المرأة والربيبة إذا دخل بالمرأة وخليلة الابن ومنكوحة الأب والجمع بين الأختين وعمة الأب والجدّ وخالتهما وعمة الأمّ والجدّة وخالتهما حرام بالإجماع والقياسِ بجامع التوقي عن قطيعة الرحم وبنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات حلال بالإجماع. وقال بشر إنّما تحرم أم امرأته إذا دخل ببنتها. لأنّ قوله تعالى ﴿ **اللاتِي دخلتم بهن** ﴾[9] ينصرف إلى القضيّتين. قلنا[10] إنّما ينصرف[11] إذا لم يتعذّر وتعذيره ظاهر. وقال عليّ رضي الله عنه إنّما تحرم الربيبة إذا كانت في حجره لظاهر النصّ. لكن تحريم الربيبة تحريم مؤبّد. فيستوي فيه القرب والبعد كأمّهات النساء. وذكر الحجر[12] لمجري[13] العاداة[14] لا للشرطية. وفي الكشَّاف لتعليل التحريم بأنّهنّ لاحتضاءكم لهنّ أو لكونهن يصدد احتضاءكم كالبنات. دلّ عليه حديث عمَر وابن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم عن النبي عليه السلام إنه قال « **إذا نكح الرجل المرأة ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها فله أن يتزوّج ابنتها ولا يحلّ له أن يتزوّج أمّها** »[15] **شق**[16] وامرأة ابن الابن وابن البنت حرام عليه وإن سفل. إما بالآية أو بالإجماع والقياسِ على ما مرّ. وقوله

ملك. فتاوى قاضيخان ١٧٧/١.

[1] ف : + التي
[2] ق : - في
[3] ق : بَني
[4] ف، ق : فيه
[5] النساء ٤\٢٢
[6] النساء ٤\٢٣
[7] ق : من النسب
[8] ق : - والبنت
[9] النساء ٤\٢٣
[10] ق : قلت
[11] ف : يتصرف
[12] وذكر الحجر في قوله وربائبكم اللاتي في حجوركم، بطريق العادة لا أن يكون الحجر مؤثرا في هذه الحرمة. المبسوط ٢٠٠/٤.
[13] ق : بمجري
[14] ف، ق : العادة
[15] البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٦٠/٧ بلفظ "إذا نكح الرجل المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فله أن يتزوج ابنتها وليس له أن يتزوج أمها"
[16] شق : شرح الأقطع

تعالى ﴿ **من أصلابكم** ﴾[1] احتراز عن المتبنيّ[2] لقصة زيد[3] وزينب[4] رضي الله عنهما **شس**[5] منكوحة الأب والابن حرام وجد الدخول ام لا. **جش**[6] **ط**[7] زوج الجدّة المرأة محرم لها إن كان دخل بها. سواء كانت من جهة الأب أو الأم. وزوج بنت [٢٨٩/أ] المرأة محرم لها دخل بها أو لم يدخل كأصولهما.

٢. ٢. ٣٣ فصل في المحرمات توقيتا

وقال: **ولا يجمَع بين أختين بنكاح ولا ملكِ[8] يمين.**

وفي بعض النسخ "ولا ملك يمين في الوطئ" وإنه صحيح لجوازِ جمعهما في ملك اليمين دون الوطئ لما مرّ من قوله تعالى ﴿ **وأن تجمَعوا بين الأختين** ﴾[9] وفي الكشَّاف وغيره أي وحرم عليكم الجمع ﴿ **بين الأختين إلا ما قد سلف** ﴾[10] أي ما مَضي معفور. وفي الكشَّاف التحريم في الآية تحريم النكاح. وأما الجمع بينهما في ملكِ اليمين. فعن عثمان و عليّ رضي الله عنهما أنّهما قالا "أحلتهما آية وحرمتهما آية" يعنيان هذه الآية. وقوله ﴿ **أو ما مَلكت أيمانكم** ﴾[11] فرجح عليّ رضي الله عنه التحريمَ و عثمان رضي الله عنه التحليل.

قلت قولهما "وحرمتهما آية" دليل على أن الآية تناولت[12] الملكين. **شذ**[13] الظاهر أنه رجع عثمان رضي الله عنه عن ذالك. وإن لم يرجع فالإجماع المتأخّر يرفع الخلاف المتقدمَ.[14] **ك**[1] فلا يصحّ نكاحهما مَعا. ولو

---

[1] النساء ٤\٢٣

[2] وقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم والحليلة الزوجة وأما حرمة الموطوءة بغير عقد فبدليل آخر وذكر الأصلاب لإسقاطه حليلة الابن المتبنى لا لإحلال حليلة الابن رضاعا فإنها تحرم كالنسب بحر وغيره. رد المحتار ٣/٣١.

[3] زيد بن حارثة رضي الله عنه

[4] زينب وكانت من أجمل النساء وبسببها ... الظعينة. الزركلي الأعلام ٣/٦٦.

[5] شس : شرح السرخسي

[6] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[7] ط : المحيط

[8] ف : بملكِ

[9] النساء ٤\٢٣

[10] النساء ٤\٢٣

[11] النساء ٤\٣

[12] ف : يتناول

[13] شذ : شرح أبي ذر

[14] [illegible]

تعاقبا لا يصحّ نكاح الثانية. ولو دخل بها وجب الأقلّ من مهر المثل[2] ومن المسمّى وعليها العدّة. ولا يقرب الأولى حتّى ينقضي عدّة هذه. وفي الزِّني بها حتّى تحيض حيضة لقوله ﷺ « **لا يحلّ لرجل يؤمن بالله واليوم الآخِر فلا يجمعن**[3] **ماءَه في رحم أختين** »[4] ولو اشتبهت أولاهما فرق بينه وبينهما. ولهما نصف المهر. وقيل لا يثبت إلا وقيل لا يثبت إلا بدعوا كليهما أو الاصطلاح لجهالته بالمستحقّة.[5] ولو طلق المنكوحة رجعيا أو باينا أو ثلاثا أو خالعها لا يتزوّج الثانية في عدتها لبقاء نكاحها من وجه.

قال: **ولا يجمَع بين المرأة وبين عمتها ولا خالتها ولا بنت أختها ولا بنت أخِيها.**

لحديث ابن عبّاس وجابر وأبي هريرة رضي الله عنهم عن النبي ﷺ. إنه قال « **لا ينكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت اختها ولا على بنت أخِيها فإنكم إذا فعلتم ذالك قطَعتم أرحامَهن** »[6] وإنه من المشاهير تلقته الأمة باالقبول. وعن عثمان البَتّي[7] جوازه لقوله تعالى ﴿ **وأحل لكم ما وراءَ ذلكم** ﴾[8] لكنّه تعالى شرط الإحصان. فقال ﴿ **محصنين** ﴾[9] وإنه مجمل. فصحّ بيانه بخبر الواحد. فما ظنكم بالمشاهير.

قال: **ولا يجمَع بين امرأتين [٢٨٩/ب] لو كانت كلّ واحدة منهما رجلا لم يجز له أن يتزوّج بالأخرى**

واحد. المبسوط ٥/١٣.

[1] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

[2] ق : مثلها

[3] أ : أن الجمع

[4] عبد الرزاق **"مصنّف"** ٣٦٥/٧؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٧٢/٣ بلفظ "من كان يُؤمن بألله واليوم الآخِر فلا يجمَعن ماءَه في رحم أُختين"

[5] ق : المستحقة

[6] البخارى الصحيح **"نكاح"** ٢٨؛ مسلم الصحيح **"نكاح"** ٤؛ أبو داود السنن **"نكاح"** ١٣؛ الترمذي السنن **"نكاح"** ٣٠؛ ابن ماجه السنن **"نكاح"** ٣١.

[7] هو عثمان بن مسلم وقيل ابن أسلم وقيل ابن سليمان البتي الكوفي ثم البصري الفقيه كان قليل الحديث قال في التقريب صدوق عابوا عليه الإفتاء بالرأي وهو من صغار التابعين وكانت وفاته سنة ١٤٣هـ . القرشي الجواهر المضيئة ٥١٥/٢.

[8] النساء ٢٤\٤

[9] النساء ٢٤\٤

كالجمع بين الأختين[1] والجمع بين المرأة و عمّتها على ما مرّ.

قال: **ولا باس بأن يجمَع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله.**[2]

وقال زفر لا يجوز. لأنّ البنت لو كان[3] رجلا لم يجز له أن يتزوّج بالاخرى. لأنّها موطؤة أبيه. ولنا أن المرأة لو كانت رجلا جاز له[4] أن يتزوّج بالأخرى. والمحرم للجمع الحرمة من كلي الجانبين.

قلت وهذه فائدة قول المصنف. لو كانت كلّ واحدة منهما رجلا لم يجز أن يتزوّج بالاخرى. وما وقع في بعض الشروح "لو كانت إحديهما رجلا" سهو وقع من الكاتب. لأنّه ينتقض بهذه الصورة.

قال: **ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمّها وابنتها.**

فالزنى يوجب حرمة المصاهرة عندنا أي حرمة أصول كلّ واحد من الزانيين على أصول الآخر وفروعه. وقال الشافعي لا يوجب. لأنّه كبيرة. وحرمة المصاهرة كرامة فيتنافيان كاللواطة. ولنا قوله تعالى **﴿ ولا تنكِحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾**[5] والنكاح حقيقة في الوطئ. ولأنه وطئ في محلّ الحرث فصار كوطئ أمَته المزوجة يثبت في هذا الوطئ حرمَة المصاهرة مع أنه حرام[6] أو النكاح الفاسد أو جارية ابنه قوله كبيرة. قلنا وصف كونه زنا لم يدخل في العلة بل هذا حكم بالوطئ في محلّ الحرث من حيث هو وطئ لا من حيث هو زنا كالصلوة في الأرض المغصوبة[7] أو الثياب المغصوبة. لأنّ المجزي هو الصلوة من حيث هو صلوة لا من حيث شغل حقّ الغير. ولو قبل أو لمس[8] أو نظر إلى فرج امرأة لشهوة بنكاح أو

---

[1] [illegible] عندنا. فتاوى قاضيخان ١/١٧٧.

[2] ف، ق : من قبل

[3] ق : كانت

[4] ف، ق : – له

[5] النساء ٤/٢٢

[6] ف، ق : – يثبت في هذا الوطئ حرمَة المصاهرة مع أنه حرام

[7] ف، ق : – المغصوبة

[8] ف، ق : مس

ملك أو فجور يثبت حرمَة المصاهرة إذا كانت مشتهاة. وهي بنت تسع سنين فصاعدا. ولا يثبت في بنت الخمسِ. وفيما بين الخمسِ والتسع إذا كانت عليه[1] اختلافات[2] الروايات والمشايخِ. والأصحّ أنها لا يثبت.

وأما حدّ الشهوة إذا كان شابّا يقدر على الجماع أن ينتشر به آلته. ولو كان منتشرة[3] قبله أن يزداد قوّة وانتشارا. وفي الشيخِ والعنين[4] أن يتحرك قلبَه بالاشتهاء. ولو كان متحركا قبله[5] أن يزداد الحركة.[6] وإليه أشار في **شب**[7] **شس**[8] وقيل ميلان القلب انتشر أو لا. وقيل تحرك الآلة حتّى لا يثبت في الشيخِ والعنين. والأول أصح. وعن محمد إذا لم ينتشر في الحال أو لم يتحرك ثمّ تحرك بعده لا عبرة به. **جت**[9] في بنت ثمان أو تسع إذا كانت ضخمة يثبت به الحرمة وإلا فإلى ثنتي عشرة سنة. ولو قبل رابّته أو ربيبته أو مَسّها لشهوة حرمت على أبيه وابنه. ولو مَسّها فوق ثوب فإن وجد حرارة الممسوسِ حرمت. وإلا فلا. والنظر إلى داخل الفرج هو المحرم حتّى لو نظر إليه قائمة أو قاعدة لا يحرّم. عن أبي يوسف النظر إلى دبرها لا يوجب. وكذا الإتيان عند محمد. وكذا إذا نظر إلى فرجها وأمن. ولو قبلته أو مسّته أو نظرت إلى ذكره لشَهوة[10] يثبت الحرمة. **جش**[11] وفي مسِّ شعرها لشهوة اختلاف وتقبل الشهادة على الإقرار بالمسِّ والتقبيل لشهوة.[12] وفي نفسِ المسِّ والتقبيل اختلاف. وفي الشَّامل[13] ولا يحرم أصول [٢٩٠/أ] الزوجة وفروعها على أصول الزوج وفروعه ولو قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها. وقال لم يكن لشهوة. **جش**[14] لا يصدق في القبلة دونهما. وقيل يصدق وفيها دون المباشرة يصدق إذا قبل رأسها أو جبهتها أو خدّها دون

---

[1] ق : + ضخمة

[2] ف : اختلاف

[3] ف، ق : منتشرا

[4] العنين هو الذي لا يصل إلى النساء مَع قيام الآلة فإن كان يصل إلى الثيِّب دُون الأبكار أو إلى بَعض النساء دُون البَعض وذلك لَمرض به أو لضعف في خلقه أو لكِبَر سِنه أو سِحر فهو عنينٌ في حق من لا يصل إليها. الفتاوى الهندية ٥٢٢/١.

[5] ق : + قبله

[6] ف، ق : تحريكه

[7] شب : شرح بكر خواهر زاده

[8] شس : شرح السرخسي

[9] جت : جمع التفاريق للبقالي

[10] ق : بشهوة

[11] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[12] ق ى : بشهوة

[13] الشَّامل في الحنفي للإمام إسماعيل بن عبدالله البيهقيّ الذي اختصر المبسُوطَ والجامعين والزِّيادات في مُجلدة واحدة وشَرحه بكِتاب لقبه الشَّامل. الشَّامل في الشافعي لابن الصباغِ. هو الإمام العلامة شيخ الشافعية أبو نصر عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد الفقيه المعروف بابن الصباغ مصنف كتاب الشامل وكتاب الكامل وكتاب تذكرة العالم والطريق السالم. ولد سنة أربع مئة. قال ابن خلكان: كان تقيا صالحا وشامله من أصح كتب أصحابنا. توفي سنة سبع وسبعين وأربع مئة. الزركلي الأعلام ٣١٢/١.

[14] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

فمها. وتقبل الشهادة على الإقرار بالتقبيل والمسّ والنظر لشهوة. وفي الشهادة بالقبلة والمسّ والنظر لشهوة اختلاف المشايخِ. ولو مسّ ابنته لشهوة[1] ليلا ظنها امرأته حرمت عليه.

قال: **وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا لم يجز أن يتزوّج بأختها حتّى تنقضي عدتّها.**

ولا بأربع سواها. ط[2] وكما لا يجوز أن يتزوّج بأخت امرأته في عدتّها لا يجوز أن يتزوّج أحدا من محارمها.

قلت معناه لا يتزوّج في عدّة المطلقة بعمتها ولا خالتها ولا بنت أخيها ولا بنت أختها.[3] وقال الشافعي يجوز في الخلع والثلاث[4] الزوجية لانقطاع الزوجية بالكلية. ولهذا لو وطئَها مع العلم بالحرمة يحدّ. ولنا النكاح باق من وجه لبقاء أحكامه كالسكني والمنع والفراشِ. وأما الحدّ فلا يجب بإشارة كتاب الطلاق. ولأن جواز نكاحها يؤدّي إلى جمع[5] مائِه في رحم أختين. وإنه ممتنع لما مرّ من الحديث.[6]

قال: **ولا يجوز أن يتزوّج المولى أمته ولا المرأة عبدها.**

لأن النكاح ما شرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين الناكحين والمملوكيه تنافي[7] الشركة.

٣٣ .٢ .٣ فصل في تزويج الكِتابيات والمجوسِيات

قال: **ويجوز تزويج الكِتابيات**

لقوله تعالى ﴿ **اليومَ أحل لكم الطَّيِّبات** ﴾[8] إلى أن قال ﴿ **والمحصنات من الذين أوتوا الكِتابَ من قبلكم** ﴾[9]

قال: **ولا يجوز تزويج المجوسِيات ولا الوثنيات.**

---

[1] ق : بشهوة

[2] ط : المحيط

[3] ف، ق : – وكما لا يجوز أن يتزوج بأُخت امرأته في عدتّها لا يجوز أن يتزوج أحدا من محارمها. قلتُ: معناه لا يتزوجُ في عدة المطَلقة بعمتها ولاخالتها ولا بنت اخيها ولا بنت اختها.

[4] ف، ق : – في الخلع والثلاث

[5] ق : الجمع

[6] ف، ق : + وكما لا يجوز أن يتزوج بأُخت امرأته في عدتّها لا يجوز أن يتزوج أحدا من محارمها. قلتُ معناه لا يتزوجُ في عدة المطَلقة بعمتها ولاخالتها ولا بنت اخيها ولا بنت اختها.

[7] ف : ينافي

[8] المائدة ٥\٥

[9] المائدة ٥\٥

لقوله تعالى ﴿ **ولا تنكِحوا المشركات حتّى يؤمن** ﴾[1]

قال: **ويجوز تزويج الصابيات إن كانوا يؤمنون بدين ويقرّون بكتاب. وإن كانوا يعبدون الكواكِبَ ولا كِتابَ لهم لم يجز مناكحتهم.**

لأنها مشركات والأولى كتابيات.

قلت[2] وفي بعض النسخ "إن كن يؤمن بدين ويقررن بكتاب وإن كن يعبدن الكواكِبَ فإن كانوا لا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم" والفرق بين الوضعين أن في الوضع الأوّل عبادة الكواكب يمنع المناكحة وإن كانت كتابية. وفي الوضع الثاني لا يمنع إلا إذا لم يكن لهنّ كتاب. ولكل واحد منهما وجه صحّة. لكن الوضع الأوّل مذهبهما. والثاني مذهب أبي حنيفة عند بعض المشايخ. لأنهم زعموا أنّه يجوز مناكحة الكتابيات. وإن كنّ يعبدن الكواكبَ عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز. والصحيح أن التفاوت في الوضع لتفاوت المراد في عبادة الكواكب. فالأول محمول على حقيقة عبادة الكواكب. والثاني [**٢٩٠**/ب] على تعظيمها تعظيم المسلمين للقبلة. وإليه أشار في **شق**[3] **ك**[4] **تح**[5] **هـ**[6] إن ما روي أنه يجوز تزويج الصابيات عند أبي حنيفة خِلافهما فليس بخلاف في الحقيقة. فإن أبا حنيفة زعمَ أنهم يقرّون الزبور. ويعظِّمون الكواكِبَ كتعظيم المسلمين القبلة في الاستقبال إليها فيجوز مناكحتهم. وهما زعما أنهم يعبدون الكواكِبَ كعبادة الأوثان فحرما مناكحتهم. وكل لا يخالف صاحبه فيما أجابَ.

قال: **ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوّجا في حال الإحرام.**

وقال الشافعي لا يجوز. ولا يكون وليا لقوله ﷺ « **لا ينَكِح المحرم ولا يُنكِح ولا يَخطب** »[7] ولنا ما روى أبو هريرة وعائشة رضي الله عنهما « **إنه ﷺ تزوّج ميمونة**[8] **وهو محرم** »[9] ولأن حرمته على شرف الزوال كالحيض. وما رواه محمول على الوطئ وابتغاء الوطئ.

---

[1] البقرة ٢٢١\٢

[2] ق : قال رضي الله عنه

[3] شق : شرح الأقطع

[4] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

[5] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[6] هـ : هداية

[7] مسلم الصحيح "**نكاح**" ٥؛ أبو داود السنن "**مناسك**" ٤٠؛ الدارقطني السنن ٢٦٠/٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٨٩/٣.

[8] ق : – ميمونة

[9] البخاري الصحيح "**إحصار**" ٢٣؛ مسلم الصحيح "**نكاح**" ٥؛ أبو داود السنن "**مناسك**" ٤٠؛ الترمذي السنن "**صوم**" ٢٤.



٣٣. ٣ باب في الولاية

٣٣. ٣. ١ فصل في نكاح الحرّة

قال: **وينعقد نكاح الحرّة البالغَة العاقلة برضاها وإن لم يعقد عليها وليّ عند أبي حنيفة بكرا كانت أو ثيّبا. وقال أبو يوسف ومحمد لا ينعقد إلاّ بولي.** ك[1]

صحّ عند أبي حنيفة وزفر وهو[2] قول أبي يوسف أولا ثمّ رجع. وقال لا يجوز إلا بوليّ أو حاكم أو برضاهما أو بإجازتهما. وهو قول محمد في الأصول. وعن أبي يوسف يجوز إذا زوجت من كفؤ لا غير. وعن محمد إن لم يكن لها وليّ جاز. هـ[3] وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لقوله ﷺ « **أيّما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليّها فنكاحها باطل باطل** »[4] ولأن النكاح يراد لمقاصدها. والتوفيض إليهن محلّ بها. لكن محمدا يقول يرتفع الخلل بإجازة الوليّ. ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ **فلا تعضلوهن أن ينكِحن أزواجهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن** ﴾[5] و قوله ﴿ **حتّى تنكِح زوجا غيره** ﴾[6] أضاف حقيقة النكاح إليهن. ولأنها أهل التصرّف وبدليل صحّة تصرفها في المال والإقرار بالنكاح والنكاح حقّها فيجوز.

قال:**ولا يجوز للوليّ إجبار البكر البالغَة على النكاح.**

خلافا للشافعي بناء على أن علة ولاية الإجبار عنده البكارة. فلا ينكح البنت الصغيرة. ويجبر البكر البالغة. لأنّ البكر غير عالمة بأمور النكاح لعدم التجربة. ولهذا يقبض الأب صداقها[7] بغير أمرها. وعلة

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين
[2] ق : – هو
[3] هـ : هداية
[4] الترمذي السنن "**نكاه**" ١٤؛ ابن ماجه السنن "**نكاه**" ١٥.
[5] البقرة ٢\٢٣٤
[6] البقرة ٢\٢٣٠
[7] اعلم أن للمهر تسعة أسماء الصداق الصدقة المهر النحلة الفريضة الآجر العلائق العقر الحباء. الموسوعة الفقهية ٣٩/١٥١.

الإجبار عندنا الصغَر. لأنّه مظنة الجهل ونقصان العقل. وقد كمل عقلها بالبلوغِ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام. والتصرّف في المال دلّ عليه قوله ﷺ « **البكر تستأمَر في نفسِها وإذنها صماتها وإنما يملك الأب قبض صداقها** »[1] برضاها دلالة حتّى لو نَهَته [٢٩١/أ] لا يملك.

٣٣. ٣. ٢ فصل في الاستئذان

قال: **وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت[2] فذلك إذن وإن أبَت لم يتزوّجها.**

لقوله ﷺ « **البكر تستأمَر في نفسِها وإن سكتت فقد رضيت** »[3] ولأن جانبَ الرضاء في السكوت راجح على الرد. لأنّها تستحيي على إظهار الرغبة إلى الرجال دون الرد. والضحك أدلّ على الرضاء من السكوت. شط[4] الضحك رضي إلا استهزاء. وذلك معلوم عند الناسِ. وبكاؤها ردّ عن أبي يوسف وعنه رضي[5] وقيل إن كان عن صوت فردّ وإلا فرضى.[6] وقيل "إن كان دمعها باردا فرضي. وإن كان حارّا فردّ" وقيل إن كان عذبا فرضي وإن كان مالحا فلا. الاستيمار[7] والإخبار بالنكاح فيها سواء. وإنما يكون سكوتها رضي عند الاستيمار بشرطين. أحدهما أن يستأمرها الوليّ أو رسوله خلافا للكرخِي. والثاني أن يسمي لها الزوج تسمية يقع بها المعرفة والزوج كفؤ والمهر وافر. حتّى لو قال "أزوجك بعض جيراني" أو "بَني عمي" لم يكن سكوتها رضي. لأنّ الرضاء بالمجهول لا يتصوّر. وقيل لو عد عليها جماعة فسكتت فزوجها[8] من أحدهم. وكذا لو ذكر بني فلان وهم يحصون. م[9] ولو استأمرها وليّها مطلقا فله أن يزوّجها من نفسه. وقيل لا بدّ من تسمية المهر. والأصحّ خلافه. ولو لم يكن الزوج كفؤا أو المهر وافيا[10] لم يكن سكوتها رضي إلا في حقّ الأب والجدّ عند أبي حنيفة. وعندهما مطلقا. لأنهما وليان فيه عنده أجنبيان

---

[1] مسلم الصحيح **"نكاح"** ٩؛ أبو داود السنن **"نكاح"** ٢٦؛ الترمذي السنن **"نكاح"** ١٨؛ النسائي السنن الكبرى **"نكاح"** ٣١؛ الدارقطني السنن ٢٤٠/٣.

[2] ق : - أو ضحكت

[3] البخاري الصحيح **"إكراه"** ٣؛ مسلم الصحيح **"نكاه"** ٦٧؛ أبو داود السنن **"نكاه"** ٢٤؛ ابن ماجه السنن **"نكاه"** ١١.

[4] شط : شرح الطحاوي

[5] ق : + الله عنه

[6] ق : وإلا فلا

[7] الاستيمار الاستئذان وهو استفعال من الأمر فهو طلب أمرها وسؤال أمرها بذلك. طلبة الطلبة ١١١/١.

[8] ف، ق : زوجها

[9] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[10] ف : وافر

عندهما. فإن بلغها خبر النكاح فسكتت فهو رضي[1] خلافا لابن مقاتل. وبلوغ الخبر بأن يبعث ولي إليها رسولا. وإن أخبرها فضولي فلا بدّ من العدد أو العدالة عنده. وقالا لا يشترط ذلك كالرسول. ط[2] شت[3]

٣٣. ٣. ٣ فصل مسائل فيها رضا

جعل أصحابنا السكوت رضي في عدّة مسائل.

إحديها : البكر إذا استأمرها الولي في التزويج فسكتت.

وثانيها : بلغها الخبر فسكتت.

وثالثها : قبض الأب أو الجدّ مهر البكر البالغة فسكتت كان رضي. وفي سائر الديون غير الأب والجدّ لا.

ورابعها : سكت الشفيع بعد ما علم بالبيع فهو تسليم.

وخامسها: تواضعا في السر أن يظهر البيع تلجئه. ثمّ قال أحدهما "بدا لي أن أجعله بيعا نافذا" فسكت صاحبه نفذ.

وسادسها: عبد أسره المشركون فوقع في نصيب بعض المسلمين الغانمين فباعه ومولاه الأوّل حاضر فسكت سقط حقه.

وسابعها : المشتري قبض المبيع والبايع يراه فسكت سقط حقّ الحبس.

وثامنها : بيع مجحول النسب وهو ساكت كان إقرارا بالرقّ. [٢٩١/ب] زاد الطحاوي وقيل له "قم مع مولاك" فقام.

وتاسعها : رأى عبده يبيع ويشتري فسكت كان إذنا.[4]

وعاشرها: شح[5] الوليّ رأى الصبي المحجور يتابع فسكت كان إذنا.

وحادي عشرها : الموهوب له قبض الهبة في المجلس ويراه الواهب فسكت فهو إذن في القبض استحسانا.

---

[1] ق : إذنٌ

[2] ط : المحيط

[3] شت : شرح الزيادات

[4] ف، ق : + له

[5] شح : شمس الأئمة الحلواني

وثاني عشرها : سكوت البايع عند قبض المشتري شراء فاسدا إذن فيملكه[1] بالقبض.

وثالث عشرها : سكوت الحالف لا أسكن فلانا داري أو لا أتركه في داري فيسكنه وهو يراه فهو ترك وإسكان.

ورابع عشرها : سكوت المشتري بالخيار إذا رأى عبده يتبايع فهو اختيار وإبطال لخياره.

وخامس عشرها : سكت عن نفي الولد زيادة على يومين لزمه عند أبي حنيفة. وعنه إذا هُنّي بالولد فسكت.

وسادس عشرها : شج[2] قال لغيره "بع عبدي" فسكت. ثمّ قام وباع كان قبولا للتوكيل.

وسابع عشرها : غيره وهو حاضر فسكت حتّى سأل ما فيه لم يضمن.

وثامن عشرها : زوج الصغيرة غير الأب والجدّ فبلغت بكرا فسكتت ساعة بطل خيارها.

وتاسع عشرها : ما ذكر في منية الفقهاء. رأى غيره يبيع عرضا أو دارا فقبضها المشتري وتصرفها[3] زمانا وهو ساكت سقط دعواه.

قال:**وإذا استأذن الثيِّب فلا بدّ من رضاها بالقول.**

لقوله ﷺ « **الثيِّب يعرب عنها لسانها** »[4]

٣٣. ٣. ٤ فصل في البكر

قال: **وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة فهي في حكم الأبكار.**

وكذا بتعنيس.[5] لأنّها بكر. لأنّ البكر من يبتكرها الرجال مأخوذ من الباكورة والبكرة ولبقاء المطلقة أيضا وهو الحياة.

قال: **وإن زالت بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة.**

---

[1] ف : فملكه

[2] شج : شرح الجلالي

[3] ق : تصرف

[4] أحمد بن حنبل "**المسند**" **٢٦٢/٢٩**؛ مالك الموطا "**نكاح**" ٥.

[5] الجوهري الصحاح ٤٦٧/١.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفي بسكوتها. لأنّها ثيب حقيقة. لأنّ مصيبَها[1] ثابت إليها أي[2] عاد. وله توقيف نكاحها على النطق تعييرٌ لها وإشاعة لفاحشتها. وقد أمرنا بالستر حتّى لو اشتهر حالها لا يكتفي بسكوتها.

٣٣. ٣. ٥ فصل في الاستخلاف

قال: **وإذا قال الزوج "بلغكِ النكاح فسكت فقالت "رددت" فالقول قولها ولا يمين عليها. ولا يستخلف فيه عند أبي حنيفة. وقتا أبو يوسف ومحمد يستخلف فيه.**[3]

وقال زفر القول له.[4] لأنّ السكوت أصل. وقد تمسك به فصار كالمتبايعين بشرط الخيار. اختلفا في الردّ والسكوت. فالقول لمن يدّعي السكوت. ولنا أنه يدّعي تملك البضع وهي تنكر فكان القول قولها[5] كالمودع إذا ادّعى ردّ الوديعة. ولو أقام الزوج بيّنة على سكوتها قبلت. وإن لم يقم له بيّنة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة. لأنّ الاستخلاف لا يجري في الأشياء السِّتة عنده خلافهما على ما سيأتي [٢٩٢/أ] عليك في الدعوى[6] إن شاء الله تعالى.

٣٣. ٣. ٦ فصل في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

قال: **وينعقد النكاح بلفظ النكاح والتزويج والتمليك والهبة والصدقة.**

وكل لفظ يملك به الرقبة نحو البيع والشراء والإعطاء على الأصحّ. وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظِ "النكاح" و"التزويج". لأنّ التمليك ليس حقيقة للنكاح ولا مجازا عنه. لأنّ التزويج للتلفيق والنكاح للضم. ولا ازدواج بين المالك والمملوك. ولنا أن نكاح النبي ﷺ انعقد بلفظ الهبة[7] لقوله تعالى ﴿ **وامرأة**

---

[1] ق : مصها

[2] ق : - أي

[3] ف، ق : - ولا يستخلف فيه عند أبي حنيفة. وقتا أبو يوسف ومحمد يستخلف فيه

[4] ق : قوله

[5] ف : قول لها

[6] أي في كتاب الدعوى. ذكره هنا "وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود وقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود والقصاص" مختصر القدوري ١٧٨/١.

[7] واختلفوا في إنعقاده بغير هذين اللفظين كلفظ الهبة أو البيع أو التمليك أو الصدقة فأجازه الأحناف والثوري وأبو ثور وأبو عبيد وأبو داود لأنه عقد يُعتبَر فيه النية. لأن النبي صلي الله عليه وسلم زوّج رجلا إمرأة فقال **"ك** قد مَلكتُها لك بما مَعك من القرآن " رواه البخاري الصحيح **"فضائل القرآن"** ٢١.

مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي ﴾[1] فكذا نكاح أمته. ولأن التمليك سبب لملك[2] المتعة في محلها كالنكاح. فصلح[3] مجازا عنه. ولأن السببية من طرق المجاز كالتحرير يعبَّر به عن الطلاق.

قال: **ولا ينعقد بلفظ "الإجارة" و"الإباحة"**

أما الإجارة فقال الكرخِي ينعقد بها.[4] وقال أبو بكر الرازي لا ينعقد. وهو الأصحّ. لأنّها ليست بسبب لملك المتعة. و كذا لفظ "الإباحة" و"الإحلال" و"الإعارة". قال الكرخِي وكذا "الوصيّة". لأنّها إنّما توجب الملك بعد الموت. ط[5] وفي لفظ "القرض" و"الرهن" و"الإعارة" و"الصلح" و"العطية" اختلاف المشايخ. ولا ينعقد ب"الإقالة" و"الخلع" دون الردّ.

٣٣. ٣. ٧ فصل في نكاح الصغير والصغيرة

قال: **ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولي[6] بكرا كانت الصغيرة أو ثيِّبا.**

خلافا لابن الشبرمة لغنيتهما. ولنا قوله تعالى **﴿ وأنكِحوا الأيامى منكم ﴾**[7] والأيِّم هي التي لا زوج لها. لأنّه ﷺ تزوّج بعائشة رضي الله عنها وهي بنت ستّ سنين.

قال: **والولي هو العصبة.**[8]

---

١ الاحزاب ٣٣\٥٠

٢ ق : سبب الملك

٣ ق : فيصلح

٤ ق : - بها

٥ ط : المحيط

٦ [illegible] الأكفاء. المبسوط ٤/٢١٢.

٧ النور ٢٤\٣٢

٨ في اللغة العصبة قرابة الرجل لأبيه من قولهم عصب القوم بفلان أي أحاطوا به وعصبت الإبل بالماء إذا دارت به وهم في الحاصل الذكور الذين يتصلون به بالذكور. النسفي طلبة الطلبة ١/١٢٠

كالآباء والإخوة والأعمام وأبناءهم.[1] وقال مالك لا يلي نكاح الصغائر سوى الأب. وقال الشافعي سوى الأب والجدّ لقصور شفقة غيرهما و غنيتهنّ عنه. ولنا قوله ﷺ « **ألنكاح إلى العصبات** »[2] وبه العبادلة[3] وعمر وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم. ولأن مصالح النكاح لا يتوفر[4] إلا بين المتكافيين[5] عادة. ولا يتفق الكفؤ في كلّ زمان. فأثبت الشارع الولاية للأولياء إحرازا لمصالح الكفؤِ.

٨ .٣ .٣٣ فصل في خيار البلوغ

قال: **فإن زوّجهما الأب والجدّ فلا خيار لهما بَعد بلوغِهما.**

لتكامل رأيهما وفور شفقتهما.

قال: **فإن زوّجهما غير الأب والجدّ فلكلّ واحد منهما الخيار إذا بلغ. إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ.**

وقال أبو يوسف لا خيار لهما كالأب والجدّ. ولهما أن ما وراء قرابة الولاد قرابة ناقصة. ونقصانها يشعر بقصور شفقتها. فيختل[6] مقاصدها عسى فيتدارك بخيار البلوغ. وإطلاق الجواب في غير الأب والجدّ يتناول الأمّ والقاضي. وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في الأمّ والشفقة [٢٩٢/ب] في القاضي.[7] ويشترط فيه القضاء لأنّه لدفع ضرر خفي. فجعل إلزاما في حقّ الآخر بخلاف خيار العتق. لأنّه لدفع ضرر جلي. وهو زيادة الملك عليها. **شط**[8] فإن بلغت بكرا وعلمت بالنكاح فسكتت لزمها وإن لم يعلم بالخيار. لأنّ جهلها ليس بعذر. لأنّها تتفرغ للتعلّم. وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتّى تعلم. لأنّ الجهل بالنكاح عذر. ولا يبطل خيار الثيب والغلام بالسكوت ولا بالقيام من المجلسِ ما لم يوجد دليل الرضا. وخيار العتق لا يبطل بجهلها. لأنّها لا يتفرّغ للتعلّم. ويبطل بقيامها كالمخيرة دون سكوتها. وإن

---

[1] م : إبنا لهم

[2] لم أجده.

[3] العبادلة : وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس. وأما في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير.

[4] ف : لا تتوفر

[5] ف : المتكافيتين

[6] ف، ق : تختل

[7] ق : – وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في الأُم والشفقة في القاضي.

[8] شط : شرح الطحاوي

كانت بكرا ثمّ الفرقة التي تختصّ بالقضاء فرقة الجبّ والعنّة واللعان[1] وآباء الزوج الإسلام. وهي طلاق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ.

قال: **ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة.**

لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فعلى غيرهم أولى. وأما الكافر فلقوله تعالى ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** ﴾[2] اي ولاية. وله ولاية على ولده الكافر لقوله تعالى ﴿ **والذين كفروا بَعضهم أولياء بَعض** ﴾[3] وبديل قبول شهادته عليه وجريان التوارث بينهما.

قال: **وقال أبو حنيفة يجوز لغير العصبات من الأقارب التزويج.**

يعني عند عدم العصبات. وهو استحسان. و القياس أن لا يجوز. وبه محمد. وقول أبي يوسف مضطرب. هـ[4] والأشهر أنه مع محمد. ط[5] والأصحّ أنه مع أبي حنيفة لمحمد. قوله ﷺ « **النكاح إلى العصبات** » ولهما أنه ولاية نظرية. والنظر يحصل بالتفويض إلى القرابة الباعثة إليه. ط[6] ذكر شيخ الإسلام الأخت لأب وأم أو لأب أولى من الأم.[7] لأنّ النساءَ اللواتي من قبَل الأب لهنّ ولاية التزويج عند عدم العصابت بإجماع بين[8] أصحابنا. وهي الأخت والعمة وبنت الأخت والعم. ثمّ قال وما ذكره مستقيم في الأخت لا في العمة وبنت الأخت وبنت العم. لأنّهنّ من جملة ذوي الأرحام. وولايتهنّ مختلف فيها.

قال: **ومن لا ولي لها إذا زوّجها مولاها الذي أعتقها جاز.**

---

[1] اللعان هو لغة مصدر لاعن كقاتل ومن اللعن وهو الطرد والإبعاد سمي به لا بالغضب للعنه نفسه أولا والسبق من أسباب الترجيح وشرعاً شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة وبالغضب من أخرى قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها. الميداني اللباب ٢٨٤/١

[2] النساء ١٤١\٤ ق: + الآية

[3] الانفال ٧٣\٨

[4] هـ : هداية

[5] ط : المحيط

[6] ط : المحيط

[7] هذه المسئلة في مجموع النوازل سئل شيخ الإسلام عن رجل غاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها أختها لأب أو لأم حاضرة قال: إن لم يكن لها عصبة أولى من الأخت جاز النكاح قيل: لا تكون الأم أولى من الأخت قال: لا لأن الأخت؟ لأب وأم أو لأب من قوم الأب والنساء اللواتي من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا رحمهم الله وهي الأخت والعم وبنت الأخ وبنت العم فأما الأم والنساء اللواتي من قبل الأم فلهن ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا ولاية لهن. المحيط البرهاني ١٣١/٣.

[8] ق : - بين

لأنه آخر العصبات. ط[1] ثمّ عصبة مولى العتاقة ثمّ الأمّ ثمّ ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب ثمّ مولى الموالاة ثمّ السلطان[2] ثمّ القاضي ونوائبه إذا شرط في عهده تزويج الصغار والصغائر. وإلا فلا. وإذا زال الصغر والجنون يزول الولاية عندنا.

قال: **وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة[3] جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج.**

وقال زفر لا يجوز إلا للأقرب لبقاء ولايته صيانة لقرابته. ولهذا لو زوّجه من حيث هو يجوز. وقال الشافعي تنتقل الولاية إلى السلطان نيابة عنه لعجزه. ولنا أنها ولاية نظرية. والنظر في التفويض إلى من ينتفع برأيِه. والأبعد أولي. [٢٩٣/أ] لأنّه مقدّم على السلطان في فصل الموت والجنون. هـ[4] وتزويج الأقرب من حيث هو ممنوع. ط[5] فيه اختلاف المشايخ. وليس سُلّم فقد نزلا منزلة وَلِيّين.[6] لأنّ للأقرب قربَ القرابة. وللأبعد قربَ التدبير فاستويا.

قال: **والغيبة المنقطعة[7] أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرّة.[8]** ط[9]

وفيه اختلاف المشايخ والروايات. والأصحّ أنه لو انتظر خضوره أو استطلاع رأيه فات الكفؤ. وقدرها أبو عصمة المروزي[10] وابن مقاتل الرازي بأدنى مدّة السفر وبه علي السغدي هذا إذا عرف مكانه.

---

[1] ط : المحيط

[2] ق : – سلطانٌ

[3] العلماء. بدائع الصنائع ٢٥١/٢.

[4] هـ : هداية

[5] ط : المحيط

[6] ق : وليتين

[7] تامة. المبسوط ٢٢٢/٤.

[8] ف، ق : + واحدة

[9] ط : المحيط

[10] أبو عصمَة سعدُ بن مُعاذ المروزِيُّ القرشي مولاهم يعرف بالجامع لجمعه العلوم كان يضع الحديث توفي سنة ١٧٣ هـ. القرشي الجواهر المضية ٢٥٨/٢.

وإن لم يعرف فزوجها ثمّ ظهر أنه كان في ذالك المصر يجوز. م[1] عن محمد إذا لم يكن لها وليّ حاضر استحسن أن توالي[2] رجلا فتزوّجها وهكذا عن ابن عمر ﷺ ولا ولاية للوصي. وإن أوصي إليه الأب بالنكاح.

[1] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[2] ق : يوالي



٣٣ . ٤ باب في الأكفاء

قال: **والكفاءة[1] في النكاح معتبرة.**

قال ﷺ « **ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء** »[2] ولأنّ المصالح إنّما ينتظِم بين المتكافيين عادة. لأنّ الشريفة تأبي أن تكون مستفرشة للخسيس بخلاف جانبها. لأنّ الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش.[3]

قال: **فإذا تزوّجت المرأة من غير كفؤ فللأولياء أن يفرقوا بينهما.**

دفعا للضرر العار عن أنفسهم.

قال: **والكفاءة تعتبر في النسب والدين والمال. وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة. وتعتبر في الصنائعِ.**[4]

لأنها مما يفتخر بها ويعتبر بفوتها. شط[5] ط[6]

---

[1] ... الدنيا. تبيين الحقائق ١٢٨/٢.

[2] ابن ماجه "**نكاح**" ١٢؛ النسائي "**صيام**" ٧٦؛ أحمد بن حنبل "**مسند**" ١٥٨/٢ ٤٠٠/٣ ٤٦٤/٦.

[3] ... عملي. فتح القدير ٣١٤/٣.

[4] ق : في الصناعة

[5] شط : شرح الطحاوي

[6] ط : المحيط

٣٣. ٤. ١ فصل مسائل فيها تعتبر الكفائة

الكفاءة في النكاح تعتبر من سبعة أوجه.[١]

أحدها النسب.[٢] والناس فيه[٣] ثلاث طبقات. « **قريش[٤] وعرب وموالي فقريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلته والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل** »[٥] وهذا لفظ الحديث.[٦] فالعجمي لايكون كفؤا للعربي. والعربي لايكون كفؤا لقريشي. وقال مالك والثوري وجماعتهم أكفاء لقوله عليه السلام « **لا فضل لعربي على عجمي** »[٧] ولنا ما روينا ومعتقة الشريف لا يكافئها[٨] معتقة الوضيع. **شس**[٩] الحسب كفؤ للنسيبة. حتّى إن الفقيه كفئا للعلوي[١٠] لأنّ شرف العلم فوق شرف النسب. ولا يعتبر التفاضل بين قريش. لأنّه عليه السلام زوج بنته[١١] من عثمان رضي الله عنه ولم يكن هاشميا.[١٢] وعن محمد إلا أن

---

١ نظم العلامة الحموي ما تعتبر فيه الكفاءة فقال إن الكفاءة في النكاح تكون في ست لها * بيت بديع قد ضبط نسب وإسلام كذلك حرفة *حرية وديانة مال فقط. الفقه الإسلامي وأدلته ٢٢٦/٩.

٢ [illegible] القنية. الفتاوى الهندية ٢٩٠/١.

٣ ف، ق : + على

٤ قريش هو من ولد نضر بن كنانة بعضهم أكفاء بعض. ولا يعتبر الفاضل فيما بينهم. ولهذا زوج النبي عليه الصلاة والسلام بنته من عثمان رضي الله تعالى عنه. وهو أموي لا هاشمي. وزوج علي رضي الله عنه وهو هاشمي بنته من فاطمة أم كلثوم لعمر رضي الله تعالى عنه. وهو قريشي عدوي وغيرهم أي غير القريشي من العرب ليسوا كفئا لهم لأنهم أشرف العرب نسبا. مجمع الأنهر ٥٠١/١.

٥ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٨٢/٧؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٩٠/٣.

٦ قال عليه السلام "قريشٌ بَعضهم أكفاءٌ بعض بَطنٌ ببَطن والعرب بَعضهم أكفاءٌ لبَعض قبيلة بقبيلة والموالي بَعضهم أكفاءٌ لبَعض رجُلٌ برجُل" الزيلعي **"نصب الراية"** ٢/٣.

٧ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٤١١/٥ الطبراني **"معجم الأوسط"** ٨٦/٥؛ البيهقي **"شعب الإيمان"** ٢٨٩/٤ بلفظ "إن ربكم واحد وإن أباكم واحد ودينكم واحد ونبيكم واحد ولا فضل لعربى على عجمى ولا عجمى على عربى ولا أحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى"

٨ ف، ق : لا يكافئ

٩ شس : شرح السرخسي

١٠ العلوية : ذرية رسول الله صلى الله عليه وسلم.

١١ وزوج رقية وأم كلثوم رضي الله عنهما.

١٢ وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل حارث بن عبد المطلب ومواليهم. الميداني اللباب ٨٠/١.

يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة. كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة .وبنو باهلة[١] ليسوا بأكفاء لعامة العرب. لأنهم لشهرة خساستهم. وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فهو كفؤ لمن له أبا[٢] فيه. ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيه. لأنّ تمام النسب [٢٩٣/ب] بالأب والجدّ. وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثني. ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له أب واحد فيه.

وثانيها الحرّية.[٣] وهي[٤] في جميع ما ذكرنا نظير الإسلام. والمعتق لا يكافي المهاجرة.

وثالثها المال. وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة في ظاهر الرواية. حتي إن من لا يملك أحدهما[٥] لا يكون كفؤا. لأنّ المهر بدل البضع وبالنفقة يقوم الازدواج. والصحيح أن المراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله. لأنّ ما وراءه مؤجّل عرفا.

قلت في عرف أهل خوارزم[٦] كله مؤجّل. فلا يعتبر[٧] القدرة عليه. وعن أبي يوسف إنه يعتبر القدرة علي النفقة دون المهر. وهو رواية عنهما أيضا. جش[٨] المعتبر نفقة سنة. وقيل نفقة شهر. ث[٩] الصحيح أنه إذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفؤا. ط[١٠] م[١١] هذا إذا صلحت للجماع وإلا لا يعتبر

---

[١] بَنو باهلة قبيلة من قيسِ عيلان وهي في الأصل اسمُ امرأة من همدان كانت تحت مَعن بن أعصر بن سعد بن قيسِ عيلان فنسبَ ولدُها إليها والعرب هم الذين استوطَنوا المدُن والقرى والواحد عربي والأعرابيُّ واحدُ الأعراب وهم أهل البَدو. وبَنو باهلة ليسُوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم مَعروفون بالخساسة. لأنهم كانوا يأكُلون بَقية الطَّعام مَرة ثانية ولأنهم كانوا يطبخُون عظَامَ الميتة ويأخُذُون الدُّسُومات منها . العناية شرح الهداية ٤/٤٤٥.

[٢] ف : أبوان

[٣] [illegible] الرائق. الفتاوى الهندية ١/٢٩٠.

[٤] ف، ق : هو

[٥] ف : - إن من لا يملك أحدهما

[٦] خوارزمَ : مدينة شرق بحيرة قزوين.

[٧] ق : فلا تُعتبَر

[٨] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[٩] ث : أبو الليث

[١٠] ط : المحيط

[١١] م : المنتقى للحاكم الشهيد

القدرة على النفقة كالصغيرة جدا. والصبي كفو بغناء أبيه هو الأصحّ. س[1] له ألف درهم وعليه دين ألف درهم. وتزوّج امرأة بألف فهو كفؤ لها.

ورابعها الكفاءة في الغناء فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد حتّى أن الفائقة في اليسار لا يكافيها القادر على المهر والنفقة. لأنهم يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر خلاف أبي يوسف لا يكافي الغنية. من كان غنيا بغنى أبيه خلافهما.

وخامسها الديانة. هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف. لأنّها من أعلى المفاخر. والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه. وعن أبي يوسف إذا كان الفاسق معلنا لا يتعير وجهه بذكر قبائحه فليس بكفؤ. وإن كان ساترا فكفوا. ط[2] س[3] الأصحّ أن عند أبي حنيفة يعتبر في التقوى والحسب وعن أبي يوسف في الحسب دون التقوى. والحسب مكارم الأخلاق. وقال محمد لا يعتبر. لأنّه من أمور الآخرة إلا إذا كان يُصفَع وَيسخَر منه أو يخرج إلى السوق سكران يلعب به الصبيان. لأنّه مستخفّ به.

وسادسها الحرف والصنايع. وهذا عندهما وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة. لأنهم يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها. وقال أبو حنيفة يمكنه تركها. وقالا لكن يبقى عارها وعن أبي يوسف وأظهر الروايتين عن محمد لا يعتبر إلا ان يفحش كالحجام والحائِك والدباغ والكناس والأتّوني[4] لا يكافي العطار والبزاز والصراف. وقيل هو اختلاف عصر وزمان. ط[5] عس[6] هنا جنس [٢٩٤/أ] خاسّ أحسن من الكلّ وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكريا وتابعا وإن كان صاحب مروءة ومال فظلمه خساسة بعد هذا. شح[7] ولما صار[8] الحرف قسمين. فإفراد كلّ واحد منهما أكفاء. وبه يفتي.

وسابعها الإسلام في أباء الموالي على ما مرّ. شط[9] ولا رواية في اعتبار العقل للكفاءة. فقيل يعتبر لأنّه يفوت مقصود النكاح. وقيل لا. لأنّه مرض. ولا ينبغي للحنفي أن يزوّج بنته من شافعي. وقيل يجوز

---

[1] حش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[2] ط : المحيط

[3] حش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] الأتوني بفتح الهمزة وضم الفوقية أي وقاد الحمام عدم الاعتبار بهذا العمل فيكون الليل في حقه هو الأصل إذ القصد الأنس. إعانة الطالبين ٣٧٤/٣

[5] ط : المحيط

[6] عس : علي السغدي

[7] شح : شمس الأئمة الحلواني

[8] ف، ق : صارت

[9] شط : شرح الطحاوي

التزوّج منهم لا التزوّج وعن الفضوليّ من قال أنا مؤمن إن شاء الله يكفر.[١] لأنّ الاستسناء يرفع ما سلف.[٢] فيبقى بلأ إيمان. فلا يجوز التناكح بينهما.[٣]

٣٣. ٤. ٢ فصل في تنقيص المهر

قال: **وإذا تزوّجت المرأة ونقصت من مهرها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتّى يتمّ لها مهر مثلها أو يفارقها.**

خلاف أبي يوسف. وعند محمد لا يتصوّر لانتفاء جوازه بدون الوليّ إلا في قوله الآخر. **شظ**[٤] إذا[٥] أذن المولى في النكاح و لم يسمّ المهر. وقيل[٦] أكره الوليّ والمولية في النكاح بمهر ناقص ثمّ رضيت المولية دون الوليّ فله الاعتراض عنده. لهما أن المهر حقّها فلها إسقاط ما وراءَ العشرة بغير اعتراض. ولأبي حنيفة أن أوليائها يفتخرون بغلاء[٧] ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لعدم التعير به.[٨]

قال: **وإذا زوّج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهر مثلها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما. ولا يجوز ذلك لغير الأب والجدّ.**

وكذلك[٩] التزوّج من غير كفؤ. وقالا لا يجوز من غير كفؤ ولا بمهر لا يتغابن في مثله. وقيل فسدت التسمية في فصل الغبن الفاحش عندهما. والصحيح أنه باطل كتزويج سائر الأولياء والتصرّف في المال. وله أن الأب والجدّ لقوّة ولايتهما وفور شفقتهما لا يتحمّلان الغبن في حقّ أحبّ الناس إليهما إلا للتوسّل[١٠] به[١١] إلى مصالح النكاح ودفع مفاسد السفاح حتّى لو عرف سوء اختيار الأب مجانة أو فسقا لا يصحّ عقده بالإجماع بخلاف سائر الأولياء لقصور شفقتهم وضعف ولايتهم وبخلاف المال. لأنّ الغرض منه

---

[١] ... الإمامة. البحر الرائق ٣/١١٠.

[٢] ق : سلفه

[٣] ق : منهما

[٤] شظ : شرح ظهير الدين التمرتاشي

[٥] ق : أو

[٦] ق : + اذا

[٧] ف، ق : + المهر

[٨] ق : - به

[٩] ق : وكذا

[١٠] ف، ق : للتوسيل

[١١] ق : - به

ليس إلا المالية. **شط**[1] وعنه يجوز بيع الأب مال ابنه الصغير بغبن فاحش. **فج**[2] وعلى هذا الخلاف الوكيل باالنكاح من جانب الرجل أو المرأة إذا زاد أو نقص فاحشا أو زوج الأب ابنه الصغير أمة أو بنته الصغيرة عبدا وأجمعوا أن غير الأب والجدّ لو زوج الصغيرة [٢٩٤/ب] من غير كفؤ لم يجز حتّى لو بلغت فأجازت لم ينفذ. ولو أمره أن يزوّجه[3] فلانة بكذا فزوّجه بأزيد منه فللآمر الإجازة والردّ. فإن دخل بها قبل أن يعلم ثمّ علم فإن شاء أقام معها بالمسمّى وإن شاء فارقها. ولها الأقلّ من المسمّى ومن مهر المثل كاالنكاح الفاسد.

---

١ شط : شرح الطحاوي
٢ فج : الفتاوى ابو جعفر
٣ ف : يُزوج



٣٣. ٥ باب المهور

قال: **ويصحّ النكاح إذا سمّي فيه مهرا.**[١] **ويصحّ وإن لم يسمّ فيه مهرا.**

لقوله تعالى ﴿ **ومتعوهنّ** ﴾[٢] أوجب المتعة للّتي لم يفرض لها المهر. فدلّ على صحّة النكاح بدون ذكر المهر. ولأنه عقد ازدواج فيتمّ بالزوجين. ثمّ المهر يجب شرعا إبانة لشرف المحلّ وإظهارا لخطره.

قال:**وأقلّ المهر عشرة دراهم.**

وقال الشافعي ما جاز أن يكون ثمنا في البيع لأنّه حقّها فالتقدير إليها. ولنا قوله عليه السلام « **ألا لا يزوّجْ النساءَ إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقلّ من عشرة دراهم** »[٣] ولأن المهر حقّ الشرع وجوبا إظهارا لخطر المحلّ فتقدر بما له خطر. وهو العشرة اعتبارا بنساب السرقة عندنا.

قال: **ومن**[٤] **سمّى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمّى إن دخل بها أو مات عنها.**

لأن بالدخول تسلم المبدل فيتأكّد به البدل وبالموت ينتهي النكاح والشيء بانتهائه يتقرّر فيتقرّر مواجبه. ولهذا يجب العدّة.[١]

---

[١] بذكرهما. المبسوط ٦٢/٥.

[٢] البقرة ٢٣٦\٢

[٣] البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٣٣/٧؛ الدارقطني السنن "**نكاح**" ٢٤٤/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٩٢/٣؛ الطبراني "**الأوسط**" ٦/١.

[٤] ف، ق : فإن

قال: **فإن سمّي أقلّ من عشرة فله عشرة.**

وقال زفر لها مهر المثل. لأن تسمية ما لا يصلح مهرا كعدمها. ولنا أن رضاها بالخمسة رضي بالعشرة فيتمّ لها العشرة لحقّ الشرع بخلاف ما إذا لم يسمّ. لأنّ الراضي به مجانا لايكون راضيا بالقليل. لأنّ الأوّل مروءة والثاني خساسة.[٢]

قال: **وإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمّى.**

لقوله تعالى ﴿ **وإن طلقتموهن من قبل أن تَمسوهن وقد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم** ﴾[٣] الأقيسة فيه متعارضة؛ لأنّه إن عاد إليها المعقود عليه سالما بعد فوت الزوج الملك عليه باختياره فوجب المصير إلى النص. وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنّها بمنزلة الدخول على ما نبيّنه إن شاء الله تعالى.

قال: **وإن تزوّجها ولم يسمّ لها مهرا أو تزوّجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها.**

وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت. وأكثرهم على أنه يجب في الدخول له أن المهر خالص حقّها. فتقدّر على نفسه ابتداء كما يقدّر على إسقاطه انتهاء. ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه فيها أرى لها مهر مثل نسائها حين[٥] سئل عن امرأة مات زوجها[٦] قبل الدخول و لم يكن سمّي[٧] لها شيئا فقال « **أقول برأيِي فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطَأً فمني لها صداق مثلها وعليها العدّة** [٢٩٥/أ] **ولها**

---

١ ق : - قال: ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها. لأن بالدخول تسلم المبدل فيتأكّد به البدل وبالموت ينتهي النكاح والشيء بانتهائه يتقرر فيتقرر مواجبه. ولهذا يجب العدة.

٢ ق : + قال ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها. لأن بالدخول تسلم المبدل فيتأكّد به البدل وبالموت ينتهي النكاح والشيء بانتهائه يتقرر فيتقرر مواجبه. ولهذا يجب العدة.

٣ البقرة ٢٣٧\٢

مقتضى الأول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء أصلا فتساقطا فبقي النصف على ما كان عليه فكان المرجع إليه. فتح القدير ٣٢٣/٣.

٥ ف، ق : - فيها أرى لها مهر مثل نسائها حين أنه

٦ ق : - مات زوجها

٧ ف : - سمّي

الميراث فقام مَعقل ابن يسار فقال قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشِق الأشجعية بمثل ما قضيت »[1] ففرح[2] به. ولأن المهر حقّ الشرع وجوبا كما مرّ. وإنّما يصير حقّها في البقاء فيملك الإبراء إلا النفي.

قال: **فإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة ثلاثة أثواب من كِسوة مثلها.**

لقوله تعالى ﴿ **ومتعوهن على المُوسِع قَدَره وعلى المُقتِر قَدَره** ﴾[3] ثم المتعة فيها واجبة للأمر خلاف مالك فإنّه مستحبّة عنده[4] وهي ثلاثة أثواب درع[5] وخِمار[6] وملحفة[7] هكذا. روي عن عائشة وابن عبّاس رضي الله عنهما. لكن لا يزاد على نصف مهر مثلها. ولا ينقص عن خمسة دراهم. و قوله "من كِسوة مثلها" إشارة إلى أنّه يعتبر بحالها. وبه الكرخِي في المتعة الواجبة لقيامها مقامَ مهر المثل. وعند الخصّاف يعتبر بحالهما. وعند الرازي يعتبر بحاله. وهو الأصحّ لصريح النصّ. **شط**[8] يعتبر بحالها عند الكرخِي. فإن كانت سفلة فمن الكِرباسِ وإن كانت وسطا فمن القزِّ وإن كانت مرتفعة فمن الإبريسمِ. وكذا في النفقة والكسوة.

قلت قوله وإن طلقها قبل الدخول بها[9] فلها المتعة و لم يذكر الخلوة مع أنها شرط لما أنّ اسم الدخول يشملهما. لأنّها دخول حكما.

قال: **وإن تزوّج المسلم على خمر أو خِنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها.**

وقال مالك لا يجوز كالبيع. ولنا أنه لو سكت عن المهر يصحّ. فكذا إذا فسدت التسمية. وإذا فسدت يجب مهر مثلها لما مرّ.

قال: **وإن تزوّجها ولم يسمّ لها مهرا ثمّ تراضيا على تسمية فهي مهر لها إن دخل بها أو مات عنها. وإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها المتعة.**

---

[1] الترمذي السنن **"نكاح" ٤٤**؛ النسائي السنن الكبرى **"نكاح" ٦٨**؛ أبو داود السنن **"نكاح" ٣٠ ر ٢١١٨** بلفظ " أُتِيَ في رجُل بهذا الخبَر قال فاختلفوا إليه شَهرا أو قال مَرات قال فإني أقول فيها إن لها صداقا كصداق نسائِها لأ وكس ولأ شَطَطَ وإن لها الميراث وعليها العدة فإن يكُ صوابا فمن الله وإن يكُن خطَا فمني ومن الشَّيطَان والله ورسُوله بَريئَان. فقامَ ناسٌ من أشجع فيهمُ الجراح وأبو سِنان فقالوا يا ابن مَسعود نحن نشهدُ أن رسُول الله قضاها فينا في بروع بنت واشِق وإن زوجها هلأل بن مُرة الأشجعيُّ كما قضيت. قال ففرح عبدُ الله بن مَسعود فرحا شَديدا حين وافق قضاؤُه قضاءَ رسُول الله."

[2] ففرح ابن مسعود رضي الله عنه فرحة ما فرح قبلها مثلها بموافقة رأيه قول رسول الله. الموطأ ٢/٤٦٢.

[3] البقرة ٢٣٦\٢

[4] ف، ق : - فإنه مستحبة عنده

[5] درع المرأة ما تلبسه فوق القميص. البحر الرائق ٥/٢٩٢.

[6] الخمار ما تستر به المرأة رأسها. طلبة الطلبة ١/١٥٦.

[7] الملحفة ما تلتحف به المرأة من قرنها إلى قدمها. رد المحتار ٣/١١٠.

[8] شط : شرح الطحاوي

[9] ف : - بها

وقال أبو يوسف أوّلا لها نصف[1] المفروض.[2] و به الشافعي. لأنّه مفروض فيتنصف بالنص. ولنا أن هذا الفرض تعيين لما وجب بالعقد وهو مهر المثل. وإنّه لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته. والمراد بالفرض في النصّ ما فرض عند العقد لأنّه المتعارف. وكذا إذا فرضه القاضي.

قال: **وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة. ويسقط بالطّلاق قبل الدخول.**

وقال زفر لا يلزم. وهي[3] مسئلة الزيادة في الثمن والمثمن وقد مرّت. وإذا صحّت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول خلاف أبي يوسف على ما مرّ. **شط**[4]

قال: **ولو تزوّجها على ألف ثمّ على ألفين لا يثبت المهر الثاني.**

خلاف أبي يوسف كالزيادة ولهما قصد إثبات الزيادة في ضمن العقد. و لم يثبت العقد فكذا الزيادة. **شب**[5] الخلاف على العكس وفي عصام المهر ألفان. **شخ**[6] جدّد النكاح على ألف آخر يثبت[7] ألفين التسميتان عند أبي حنيفة. وعندهما لا تثبت الثانية. [٢٩٥/ب] وكذا لو راجع المطلقة بألف. وقيل لو قالت "لا أرضي بالمهر الأوّل" أو أبرأته ثمّ قالت "لا أقيم معك بدون المهر" أو تزوّجها لشبهة[8] يجب الثاني. وإلا فلا. وقيل لو وهبت مهرها ثمّ جدّد المهر لا تجب الثاني بالاتّفاق. وقيل على الاختلاف.

قال: **وإن حطّت عنه من مهرها صحّ الحطّ.**

لأن المهر بقي حقّها فتملك إسقاطه والحطّ منه.

٣٣. ٥. ١ فصل في الخلوة الصحيحة والفاسِدة

قال: **وإذا خلا الرجل[9] بامرأته وليس هناك مانع من الوطئ ثمّ طلقها فلها كمال مهرها.**[10]

وقال الشافعي لها نصف المهر. لأنّ المعقود عليه إنّما يصير مستوفيا بالوطئ. فلا يتأكّد المهر دونه. ولنا أنّما سلمت المبدل برفع الموانع وذلك وسعها فيتأكّد حقّها في البدل كالتحلية في البيع والإجارة. **شط**[1]

---

[1] ق : + المهر
[2] ق : – المفروض
[3] ف، ق : هذه
[4] شط : شرح الطحاوي
[5] شب : شرح بكر خواهر زاده
[6] شخ : شمس الأئمة السرخسي
[7] ف : ثبت
[8] ق : بشبهة
[9] ق : الزوج
[10] ف، ق : المهر

الخلوة الصحيحة أن يخلو بها في مكان يأمنان اطّلاع الغير عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذي ليس على جوانبه سترا. وكان رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام انسان يطَّلع عليهما وأن لا يكون بينهما مانع من الوطئ حسّا ولا طبعا ولا شرعا.

قال: **فإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو محرما بحجّ أو عمرة أو كانت حائضا فليست بخلوة صحيحة.**

حتى لو طلقها يجب نصف المهر. لأنّ هذه المعاني موانع من الوطئ. أما المرض فمراده ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر. وقيل مرضه مانع مطلقا. لأنّه لا يعري عن تكسر وفتور وصوم رمَضان لما يلزمه من القضاء والكفّارة.[2] والإحرام لما يلزمه من الدم والقضاء. والحيض مانع شرعا وطبعا. فإذا كان أحدهما صائما تطوّعا فلها كلّ المهر. لأنّه مباح له الإفطار من غير عذر في رواية. م[3] وهذا هو الأصحّ في المهر. وصوم القضاء والمنذور كالتطوّع في رواية. لأنّه لا كفّارة فيه. والصلوة كالصوم. فرضها كفرضه ونفلها كنفله. شط[4] ثمّ الخلوة[5] قائمة مقامَ الدخول في تأكيد المهر ووجوب العدّة وثبوت النسب ونفقة العدّة والسكني والتزويج. فإنها تزوّج كما تزوّج الثيب. وحرمة نكاح الأمَة على قياسِ قول أبي حنيفة. ولا يقام مقامَ الدخول في ثبوت الإحصان والإحلال للزوج الأوّل وثبوت الرجعة والميراثِ حتّى لو أبانها ثمّ مات في عدتها لم ترث. وفي وقوع الطلاق عليها في هذه العدّة اختلاف وفي منع نفسها للمهر. ويحلّ نكاح بنتها إذا أبانها عند محمد خلاف أبي يوسف. م[6] الموت أقيم مقام الدخول في حكم المهر والعدّة[7] وفيما سواهما كالعدم. [٢٩٦/أ] وفي شَرح الناصحيِّ.[8] فإن ماتت الأمّ قبل أن يدخل بها فابنتها له حلال.

قال: **وإذا خلا المجبوب بامرأته فلها كمال المهر عند أبي حنيفة. وقالا عليه نصف المهر.**

لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين. لأنّ الحكم أدبر[9] على سلامَة الآلة. وله أنها أتت بتسليم المعقود عليه وفي حقّ استحقّ عليها. ولأن النكاح المجبوب[1] بمنافع المساسِ وقد مكنته منها.[2] قالوا والعدّة

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] ف : - لأنّه لا يعري عن تكسر وفتور وصوم رمَضان لما يلزمه من القضاء والكفارة

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] شط : شرح الطحاوي

[5] ف : + الصحيحة

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[7] ف، ق : + والميراثِ

[8] هو قاضي القضاء أبو بكر بن إمام الإسلام أبي محمد الناصحي , أفضل أهل عصره في الحنفية , وأعرفهم بالمذهب , وأوجههم في المناظرة , مع حظ وافر من الأدب والشعر والطب. نزيل بخارى المتوفي سنة ٤٤٧ سبع وأربعين وأربعمائة. له تهذيب أدب القضاء للخصاف. درر الغواص في علوم الخواص. مختصر أحكام الوقف. القرشي الجواهر المضيئة ١٣٢/١

[9] ق : أُدير

واجبة في جميع[3] هذه[4] المسائل احتياطا استحسانا لحق الشرع والولد. المانع إن كان شرعيا يجب العدّة للتمكن حقيقة. وإن كان حسيّا كالمرض والصغر لا يجب لعدمه. **شط**[5] والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا توجب العدّة وذكر الغياثي تكلم مشائخنا في العدّة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أم على الحقيقة. فقيل لو تزوّجت وهي متيقنة بعدم الدخول حلّ لها ديانة لا قضاء.

٢ . ٥ . ٣٣ فصل في المتعة لكلّ مطلقة

قال: **ويستحبّ المتعة لكلّ مطلّقة إلا لمطلّقة واحدة. وهي التي طلقها قبل الدخول[6] ولم يسمّ لها مهرا.**

وقال الشافعي يجب لكلّ مطلّقة بالنصّ إلا التي طلّقها قبل الدخول. وقد سمّي لها مهرا لأنّ نصف المهر متعة لها. ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوّضة.[7] لأنّه سقط مهر المثل ووجبَت[8] المتعة والخلف لا يجامع مع الأصل ولا شيئا منه. فلا يجب المتعة مع وجوب شيئ من المهر. وأما النصّ فقد ورد في المفوّضة قال تعالى ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساءَ ما لم تَمسّوهن أو تفرضوا لهنّ فريضة ومتعوهن** ﴾[9] فإنما أوجب المتعة عند عدم الفرض.

قلت وقد ورد الاستثناء في أكثر النسخ في التي طلقها قبل الدخول. وقد سمّي لها مهرا. لكنّه خلاف المذكور في التفاسير والأصول من الشروح. فإنه ذكِر في الكشَّاف وتفسيرِ الحاكِم[10] وغيرهما أن المتعة مستحبّة للتي طلقها قبل الدخول. وقد سمّي لها مهرا وذكر في الأصل. والإسبيجابي في موضعين وزاد الفقهاء وغيرها أنه يستحبّ لها المتعة. فلا يصحّ استثناؤها من الاستحباب بخلاف المفوضة. لأنّها مستثناة

---

[1] ف : - المحبوبَ

[2] ق : منه

[3] ق : - جميع

[4] ق : - هذه

[5] شط : شرح الطحاوي

[6] ق : + لها

[7] المفوضة بكسر الواو هي التي زوجت نفسها من رجل من غير تسمية مهر والمفوضة بفتح الواو هي التي زوجها وليها من رجل من غير تسمية مهر فبالكسر نعت الفاعلة وبالفتح نعت المفعولة والتفويض هو التسليم وهو ترك المنازعة والمضايقة ويراد به تفويض أمر المهر إلى الزوج وترك المنازعة في تقديره. طلبة الطلبة ٨٤/٢

[8] ق : وجبَ

[9] البقرة ٢٣٦\٢

[10] أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري. من كبار المحدّثين ومن أصحاب الصحاح. اشتهر بكتابه المستدرك على الصحيحين ولد سنة إحدي وعشرين وثلاثمائة من الهجرة في نيسابور. رحل إلى العراق سنة ٣٤١ هـــ وحج وجال في بلاد خراسان وما وراء النهر وفي سنة ٣٥٩ هـــ ولي قضاء نيسابور ولقّبَ بالحاكم لتوليه القضاء مرة بعد مرة ثم اعتزل منصبه ليتفرغ للعلم والتصنيف تولى السفارة بين ملوك بني بويه وبين السامانيين فأحسن السفارة. القرشي الجواهر المضيئة ١٢٧/١

من الاستحباب بالوجوب. وقد بالغَ شيخ الإسلام ركن الأئمّة الصبّاغيّ في شرحه لهذا الكتاب في هذا المعني. وأشار إلى أنه لم يظفر إلا برواية الاستحباب لها. فأما إن وقع هذا من جهة النساخ دون المصنّف أو ظفر المصنّف برواية لم يظفر بها غيره أنها لا يستحبّ لها حتّى استثناها. والظاهر هو الأوّل. لأنّ المكتوبَ في النسخِ المتّقنة و لم يسمّ لها مهرا ولما صحّحه ركن الأئمّة الصبّاغيّ [٢٩٦/ب] في نسخته هكذا كتب فوقه وتحته وقدامه صحّ صحّ صحّ وقد ذكرت هذه المسئلة على هذا الوجه بعد الفتنة المستأمّلة روساء الإسلام وإعلام الأنام خالفني أئمة زماني مستظهرين بفتاوى شَيخ الإسلام أستاذنا ركن الأئمّة الوالجاني[1] وأستاذنا منشي النظِير الأئمّة الحفصي قدّس الله أرواحهما. فلما كتبت إليهما المذكور في التفاسير والشروح استصوبا ذالك واستحسناه. واتفقا أن المستثناة هي التي قبل الدخول ولم يسمّ لها مهرا. اللهم وفقنا للصواب في القبول والعمل. واحفظنا عن الخطأ فيهما[2] والزلل.

٣٣. ٥. ٣ فصل في النكاح الشِّغار

قال: **وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه الزوج بنته أو أخته فيكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان. ولكل واحدة[3] منهما مهر مثلها.**

وقال الشافعي لا يجوز لنهي النبي ﷺ عن النكاح الشغار.[4] ولنا أنه سمّي ما لا يصلح صداقا فيصحّ العقد ويجب مهر المثل كما إذا سمّي الخمر والخنزير والنهي ورد لغيره. وهو جعل أحد العقدين عوضا عن الآخر. فلا يوجب فساد المنهي عنه.

٣٣. ٥. ٤ فصل في النكاح الذي عقد على الخِدمَة

قال: **وإن تزوّج حرّ امرأةً على خِدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها. وقال محمد لها قيمة الخدمة. وإن تزوّج عبد حرّة بإذن مولاه على خِدمته سنة جاز.**

وقال الشافعي لها المسمّى في الوجهين كما لو تزوّجها على خدمة حرّ آخر وعلى رعي زوجها غنمها. ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال. قال الله تعالى ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم** ﴾[5] والتعليم والمنافع ليست

---

[1] لعل الصواب الوانجاري وذكره في الفوائد البهية بلقب الوالجاني ا. هـــ. القرشي الجواهر المضيئة ٣٣٨/٤؛ الفوائد البهية ٧٤.

[2] ف : - فيهما

[3] ف، ق : واحد

[4] البخارى الصحيح "**نكاح**" **٢٩**؛ مسلم الصحيح "**نكاح**" ٧؛ أبو داود السنن "**نكاح**" **١٥**؛ الترمذي السنن "**نكاح**" **٢٩**؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ١٦.

[5] النساء ٢٤\٤

بمال عندنا[1] بخلاف خدمة العبد. لأنّه ابتغاء بالمال. لأنّه يوجب تسليمَ رقبته وهي مال. ولأن خدمة الزوج الحرّ لها لا يستحقّ بعقد النكاح. لأنه خلاف الموضوع لأنّ العقد يقتضي استحقاق خدمتها له بخلاف خدمة حرّ آخر أو عبد لعدم المناقضة بخلاف رعي غنمها لأنّه من باب القيام بأمور الزوجية[2] على أن المسئلة ممنوعة في رواية. ثم على قول محمد يجب قيمة الخدمة لأنّ المسمّى مال[3] وعجز عن تسليمه للمناقضة. فيجب قيمته كمن تزوّج على عبد الغير. ولهما أن خدمته ليست بمال لأنّها لا تستحقّ بمال[4] فأشبَه تسمية الخمر.

٣٣ . ٥ . ٥ فصل في ولي المجنونة

قال: **وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالوليّ في نكاحها ابنها عند[5] أبي يوسف.**

لأنه أقرب العصبات إليها وقال محمد أبوها احتراما له. ولأنه[6] من[7] قومها دون ابنها. ولأنه أولى بالتصرّف في مالها وأشفق عليها وأعلم بمصالحها وعن أبي يوسف أيّهما زوج جاز. وإذا اجتمعا بزوجها[8] الأب. وذكر في هـ[9] قول أبي حنيفة مع أبي يوسف. [٢٩٧/أ]

٣٣ . ٥ . ٦ فصل في نكاح الإماء والعبيد بإذن مولاهما

قال: **ولا يجوز نكاح العبد والأمَة إلا بإذن مولاهما.**

وقال مالك يجوز. لأنّه يملك الطلاق فيملك النكاح. ولنا قوله ﷺ « **أيّما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر** »[10] ولأن نكاحهما عيب بهما. فلا يملكانه بدون إذن مولاهما. وكذا المكاتب. لأنّ الكتابة توجب فكّ الحجر في حقّ الكسب دون النكاح. ولهذا لا يملك تزوّج عبده. ويملك تزوّج أمته لأنّه كسب وتملك المكاتبة تزويج أمتها دون نفسِها لما مرّ. وكذا المدبّر وأمّ الولد لبقاء الملكِ فيهما.

قال: **وإذا تزوّج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقَبته يباع فيه.**

---

[1] المال عند الاحناف ما يميل اليه الطبع ويصلح الادّخار لوقت الحاجة. درر الحكام ٢١٩/١.
[2] ف : الزوجة
[3] ق : – مال
[4] ق : – لأنها لا تستحق بمال
[5] ف، ق : + أبي حنيفة و
[6] ق : + هو
[7] ق : – من
[8] ق : بزوج
[9] هـ : هداية
[10] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٢٤٥/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٠٣/٣.

وإنما وجب في رقبته لوجود سبب الوجوب منه.[1] وإنما يباع فيه لصدور الإذن من جهة المولى. هـ[2] والمدبّر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك. فيؤَدي من كسبهما لا من نفسِهما.

قال: **وإذا زوّج أمته فليس عليه أن يبوئها[3] بيت الزوج. ولكِنها تخدم المولى. ويقال للزوج "متى ظَفرت بها وطئتها."**

لأن حقّ المولى في الاستخدام باق. والتبوئة تبطله. فإن بوّأها معه بيتا فلها النفقة والسكني وإلا فلا لأنّ النفقة للحبسِ. وله أن يستخدمَها بعد التبوئة لبقاء الملكِ. ثم المولى يملك إجبارهما على النكاح. وقال الشافعي لا يملك إجبار العبد. وهو رواية عن أبي حنيفة. لأنّه لا يملك بضعه. ولنا قوله تعالى ﴿ **والصالحين من عبادكم وإمائِكم** ﴾[4] ولأنه تحصين لملكِه. فملكه كأمته المجوسية وأخته من الرضاع. ولو زوّجها ثمّ قتلها قبل الدخول سقطَ المهر عند أبي حنيفة لمنع[5] المبدل. وقالا عليه المهر كما إذا قبلت الحرّة نفسها.

قال: **ولو تزوّج بغير إذن مولاه فقال "طلقها" أو "فارقها" فليس بإجازة.**

لأنه يحتمل الردّ. ولو قال "طلقها تطليقه تملك الرجعة" فإجازة. ولو قال له "تزوّجها" فتزوّجها فاسدا ودخل بها يباع في المهر. وقالا يوجد به إذا عتق. ولو تزوّج المأذون امرأة فهي أسوة الغرماء في مقدار مهر مثلها دون الفضل كالمريض المديون.

٣٣. ٥. ٧ فصل في نكاح الذي عقد على شرط المرأة

قال: **وإذا تزوّج امرأة[6] بألف على أن لا يخرجها من البَلد أو على أن لا يتزوّج عليها. فإن وفّي بالشَّرط فلها المسمّى**

لرضاها به.

قال: **وإن تزوّج عليها أو أخرجها فلها مهر مثلها.**

---

[1] ف : - وإنما وجب في رقبته لوجود سبب الوجوب منه

[2] هـ : هداية

[3] ف : تُبوأها التبوئة مصدر بوأته منزلا أي أسكن به إياه.

[4] النور ٢٤\٣٢

[5] ق : بمنع

[6] ف : - امرأة

لفوات رضاها به لفوات شرط مرغوب كما في تسمية الكرامة والهدية مع ألف. ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها. فإن أقام بها فلها الألف للتسمية. وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على ألفين. ولا ينقص [٢٩٧/ب] من ألف عند أبي حنيفة لفساد التسمية لإجتماعهما[١] بعد الإخراج. وقالا الشرطان جائزان للتراضي بهما. وقال زفر فاسدان للمزاحمة. وقد مر نظيره في الإجارات في قوله "إن خِطته اليومَ فلكل درهم وإن خِطته غدا فلكل نصف درهم" وعلى هذا إذا تزوّجها بألف إن كانت له امرأة[٢] وبألفين إن لم يكن أو بألف إن كانت أعجمية وبألفين إن كانت عربية أو بألف إن كانت ثيّبا وبألفين إن كانت بكرا. وعن الدبوسِيِّ وغيره تزوّجها بألف إن كانت قبيحة وبألفين إن كانت جميلة يصحّان بالإجماع لأنّه لا خطر في التسمية الثانية لأنّ أحد الوصفين ثابت جزما وفي نوادر ابن سماعة عن محمد نصّ على الخلاف فيه. وإذا طلقها قبل الدخول في هذه الفصول فلها نصف ألف عنده.

٣٣. ٥. ٨ فصل في مهر غير موصوف

قال: **فإن تزوّجها على حيوان غير موصوف صحّت التسمية. ولها الوسط منه. والزوج مخيّر إن شاء أعطَاها ذلك وإن شاء أعطَاها قيمته.**

قلت أراد به وسمّي جنسه دون وصفه كالحمار والفرسِ والإبل والبقر والغنم.[٣] أما إذا تزوّجها على دابّة فسدت التسمية ولها مهر المثل. وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين. لأنّ ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مهرا في النكاح. لأنّ كليهما معاوضة. ولنا أنّه معاوضة مال بغير مال. فجعلناه التزام المال ابتداء حتّى لا يفسد[٤] بأصل الجهالة كالخلع والدية والمقادير. وإنما يجب الوسط نظرا للجانبين بخلاف جهالة الجنس. لأنّه لا واسطة لها. وبخلاف البيع لأنّ مبناه على المماكسة. ومبنيّ النكاح على المسامحة. وإنما يتخير لأنّ الوسط لايعرف إلا بالقيمة. فصارت القيمة أصلا في الإيفاء والعبد أصل تسمية[٥] فيتخير بينهما.

قال: **وإن تزوّجها على ثوب غير موصوف فلها مهر مثلها.**

معناه ذكر الثوب و لم يزد عليه. لأنّ هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس مختلفة. ولو سمّي جنسا بأن قال هرويّ صحّت التسمية. ويخيّر الزوج لما بيّنّا. هـ[٦] وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظَاهر الرواية.[١]

---

[١] ف : لإجتماعها
[٢] ف : + عليه
[٣] ق : والغنم والبقر
[٤] ف : لا يبطل
[٥] ف : تسميته
[٦] هـ : هداية

لأنّها ليست من ذوات الأمثال. وكذا إذا سمّي مكيلا أو موزونا وسمّي جنسه دون صفته. وإن سمّي جنسه وصفته لا يخير. لأنّ الموصوف منها يثبت في الذمة. ولو تزوّجها على ألف أو ألفين أو على هذا العبد أو هذا. فإن كان مهر مثلها مثل أدناهما أو دونه فلها الأدنى. وإن كان مثل أعلاهما أو فوقه فلها الأعلى. وإن كان بينهما فلها مهر مثلها. وقالا يخير في دفع أيهما شاء. وقال المريسي وجماعة لها نصف هذا ونصف هذا لاستوائهما. ولو قال "على [٢٩٨/أ] كذا أو[2] كذا على[3] أن أعطيك أيّهما شئت"[4] أو قال "شئت" صحّ بلا خلاف لزوال الجهالة بثبوت المشيئة لأحدهما عينا. وكذا الخلاف لو تزوّجها على ألف حالة أو إلى سنة. فرّق أبو حنيفة بين هذا وبين الخلع والعتق على ألف حالة أو مؤجّلة والإقرار بألف حالة أو مؤجّلة أنه يجب الأقل. لأنّه ليس لهذه العقود موجب أصلي تصار إليه عند الاشتباه فوجبَ المتيقن بخلاف النكاح.[5] ه[6] شط[7] ولو تزوّجها بألف حالة أو بألفين إلى سنة. فإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر يخيّر. إن شائت أخذت الألفين إلى سنة وإن شائت أخذت الألف حالة وإن كان مهر مثلها ألفا أو أقلّ فالخيار إليه. لأنّ كليهما زائد من وجه ناقص من وجه. وإن كان فيما بين ذلك فلها مهر مثلها. وقالا الخيار للزوج وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف ما يختار الزوج.

٣٣. ٥. ٩ فصل في نكاح المتعة والنكاح الموقّت

قال: **والنكاح[8] المتعة والنكاح[1] الموقّت باطل.**

---

[1] وانقسمت مسائل الفقه عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام ١ الأصول وقد جمعها الإمام محمد بن الحسن في كتب ستة تُعرف بكتب ظاهر الرواية ٢ النوادر وهي مسائل مروية عن الإمام وأصحابه.لكن لا في الكتب الستة ٣ الفتاوى وهي ما أفتى به مجتهدوا الحنفية المتأخرون فيما لم يُرو فيه رواية عن الإمام وأصحابه تخريجا على مذهبهم. وأول كتاب عرف في فتاوى الحنفية كتاب النوازل لأبي اللّيث السمرقنديّ. عمدة الناظر على الأشباه والنظائر ٢٠/١.

[2] ق : و

[3] ق : - على

[4] [illegible]

[5] [illegible]

[1] يجوز. المبسوط ٩١/٥.

[6] ه : هداية

[7] شط : شرح الطحاوي

[8] ف، ق : ونكاح

والمتعة أن يقول لامرأة "أتمتع بك كذا مدّة بكذا من المال". والنكاح الموقّت أن يتزوّجها بشهود عشرة أيام. أما بطلان المتعة فمذهبنا. وقال مالك هي جائزة.[2] لأنّه كان مباحا فيبقي.[3] قلنا ثبت النسخ بإجماع الصحابة. وصحّ رجوع ابن عبّاس ﷺ. فتقرّر الإجماع. وقد روي عبد الله والحسن ابنا محمد الحنفية عن أبيهما عن جدّهما ﷺ « **إن النبي ﷺ حرم يوم خيبَر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية** »[4] وروي عن عمر ﷺ إنه خطب ثمّ قال « **ما بال رجال يبيحون هذه المتعة وقد نهى النبي ﷺ لا أجد أحدا ينكحها إلا رجمته بالحجارة** »[5] وأما إذا تزوّج امرأة مدّة معلومة فالنكاح باطل أيضا وهذه المتعة وقال زفر هو نافذ لازم لأنّ النكاح لا يبطل بالشرط كما لو تزوّجها على أن يطلقها بعد عشرة أيام. ولنا أنه بمعنى[6] المتعة. والعبرة في العقود للمعاني. هـ[7] ولا فرق بين ما إذا طالت[8] مدّة التؤقيت أو قصرت. وأما النكاح بشرط الطلاق فالنكاح ثم مؤبّد والشرط موّقت.[9]

٣٣. ٥. ١٠ فصل في نكاح الإماء والعبيد بغير إذن مولاهما

قال: **وتزويج العبد والأمَة بغير إذن مولاهما موقوف. فإن أجازه المولى جاز. وإن ردّه بطل.**

لما فيه من شغل رقبة العبد ويملك بضع الأمَة.

قال: **وكذلك لو زوّج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاه**

---

١ ف : ونكاح

٢ ف، ق : جائز

٣ ق : بَقي

٤ البخارى الصحيح "**نكاح**" ٣٢، "**ذبائح وصيد**" ٢٨؛ مسلم الصحيح "**ذبائح وصيد**" ٣٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٠٣/١؛ الطبراني "**المعجم الكبير**" ١١٢/٧.

٥ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٥١/٣؛ مالك الموطا "**نكاح**" ١١٣٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٠٦/٧.

٦ ق : لمعنى

٧ هـ : هداية

٨ ق : طال

٩ اختلف الفقهاء في النكاح بشرط الطلاق فذهب

لما مرّ. وقال الشافعي لا ينعقد. ولا يقف لقوله عليه السلام « **أيّما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليّها فنكاحها باطل باطل باطل** »[1] ولأنه لا يعقبه إباحة الوطئ فيبطل كنكاح المعتدّة. ولنا ما روى عروة بن الزّبير رضي الله عنه عن أم حبيبَة رضي الله عنها « **أن النجاشِي زوجها بالحَبَشَة من النبي عليه السلام على صداق أربعة** [٢٩٨/ب] **آلآف وكتب به إلى النبي عليه السلام فأجازه وقبله** »[2] ولأنه عقد له مخيّر فجاز أن يقف كالوصيّة. والإيجاب في العقد يقف صحّته على قبول الآخر. ولأنّ فيه نظرا للجانبين. وأما الحديث فبطلانه لاستبدادها به دون الوليّ على أنّ الحديث يقتضي أنّه إذا أذن بعده وليّها يجوز. فصار الحديث حجّة لنا. وبطلان نكاح المعتدّة[3] لعدم المجيز له أصلا. ألا ترى أنه لو أجاز الزوج لا يجوز. **شق**[4] ولو تزوّج بغير إذن الوليّ[5] ودخل بها ثمّ أجاز النكاح يجب في القياس مهران مهر بالدخول ومهر بالإجازة كما في النكاح الفاسد إذا جدّده صحيحا. وفي الاستحسان لا يلزمه إلا المسمّى. لأنّ مهر المثل لو وجب لوجب[6] باعتبار العقد. وحينئذ يجب بعقد واحد مهران وإنه ممتنع.

قال:**ويجوز لابن العمّ أن يزوّج بنت عمّه من نفسه.**

وقال زفر لا يجوز.

٣٣. ٥. ١١ فصل في تزويج الوكيل

قال: **وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوّجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز.**

وقال زفر والشافعي لا يجوز. لأنّ الواحد لا يتصوّر أن يكون مملكا ومتملكا كما في البيع. لكن الشّافعي يقول في الولي ضرورة. لأنّه لا يتولى سواه[7] بخلاف الوكيل. ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر بدليل وجوب إضافة العقد إلى موكّله. ولا تمانع في التعبير.[8] وإنما التمانع في الحقوق. ولا ترجع الحقوق في

[1] أبو داود السنن "**نكاح**"

[2] أبو داود السنن "**نكاح**" ١٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٢٧/٦.

[3] ق : المتعة

[4] شق : شرح الأقطع

[5] ف، ق : المولى

[6] ق : وجبَ

[7] ق : - سواه

[8] ق : التغيير

النكاح إلى الوكيل بخلاف البيع. لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه.[1] وأصله أن الواحد يتولى طرفي العقد في النكاح عندنا. وإذا تولى طرفيه فقوله "تزوّجت" يضمن الشطرين. ولا يحتاج إلى القبول بخلاف الفضوليِّ. إذا قال "اشهدوا أني زوجت فلانة من فلان" أو الرجل إذا قال "اشهدوا أني تزوّجت[2] فلانة" وهي غائبة أو على العكس حيث لا يتضمّن الشرطين[3] لعدم الضرورة. ولا يتوقّف على الإجازة خلاف أبي يوسف.

٣٣. ٥. ١٢ فصل في الضمان بالمهر

قال: **وإذا ضمن الولي المهر صحّ ضمانه. وللمرأة الخيار في مطَالَبَة زوجها أو وليِّها.**

لأنه دين لا يملك الوليّ قبضه. فصح ضمانه كسائر الديون بخلاف الوكيل بالبيع إذا ضمن. لأنّه يملك قبضه فيتناقض. وهذا بناء على ما مرّ. إن حقوق البيع[4] ترجع إلى الوكيل دون النكاح.

٣٣. ٥. ١٣ فصل المهر في النكاح الفاسِد

قال: **وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسِد قبل الدخول فلا مهر لها وكذلك بَعد الخلوة**

لقوله ﷺ « **أيّما امرأة نكِحت نفسها بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل** »[5] فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها. بين ﷺ أن المهر يستحقّ في النكاح الباطل بالدخول لا بالعقد والخلوة. ولأنه لا يملك بالفاسد البضع. فلا يلزم المهر. [٢٩٩/أ] ولا شيئ منه.

قال: **فإن[6] دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمّى.**

أما المهر فلما مرّ من قوله ﷺ « **فلها المهر بما استحل من فرجها** »[7] واعتبارا بما استهلكه في الشراء الفاسد حيث تجب القيمة. وقيمة البضع مهر المثل. وأما عدم الزيادة على المسمّى. فمذهبنا وقال

---

[1] واستثنى الشافعي الولي لأن مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة ، وبناه على الضرورة ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لا يمتنع أن يكون مملكا ومتملكا لأنه لا تمانع في التعبير بأن يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وإنما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء وهي لا ترجع إليه لأنه سفير لا مباشر. العناية ٤٦١/٤.

[2] ف : زوجتُ

[3] أ، ف : الشطرين

[4] ق : العقد

[5] سبق ذكره.

[6] ق : وإن

[7] الترمذي السنن **"نكاح"** ١٥؛ مالك الموطا **"نكاح"** ١٣؛ الدارقطني السنن ٢٥٠/٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢١٤/٧.

زفر والشافعي يجب[1] بالغا ما بلغ كالأعيان. ولنا أن المنافع إنّما يتقوّم بالعقد. و لم يزد العقد على الزيادة فلا يلزم.

قال: **وعليها العدّة.**

لأنها لما استحقّت المهر وجبت العدّة اعتبارا بالصحيح.

قال: **ويثبت نسب ولدها.**

اعتبارا بسائر الأحكام التي يثبت ودفعا للضرر عن الولد.

٣٣. ٥. ١٤ فصل في مهر المثل

قال: **ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعمّاتها وبنات عمّها. ولا يعتبر بأمّها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها.**

لقول ابن مسعود رضي الله عنه في المفوّضة لها مهر مثل مشابها وتساويها أقارب أبيها. لأنّ الإنسان ينسب إلى أبيه ويتشرّف بشرفه. وقيمة الشيئ تعرف بالنظير في قيمة جنسِه. فإن كانت أمّها بنت عمّ أبيها يعتبر بمهرها لأنّها من قوم أبيها. فإن لم يكن فبأجنبية موصوفة بذلك. **شط**[2] ومهر مثل الأمَة على قدر الرغبة فيها. وعن الأوزاعي ثلث قيمتها.

قال: **ويعتبر في مهر المثل أن يتساوى المرأتان في السِّن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر.**

لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف كقيم الأعيان. وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر. قالوا ويعتبر التساوي في البكارة والثيوبة[3] لاختلافه بها.

٣٣. ٥. ١٥ فصل في تزويج الأمة

قال: **ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية.**

---

[1] ق : - يجب

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] ق : والثيابة

لقوله تعالى ﴿ **وأحل لكم ما وراءَ ذلكم** ﴾[1] وقوله تعالى ﴿ **والمحصنات من الذين أوتوا الكِتابَ من قبلكم** ﴾[2] مطلقا من غير فضل. وقال الشافعي لا يجوز تزويج الكتابية كالمجوسية. ونحن نقول حلّ وطئها بملك اليمين. فيحلّ بالنكاح بخلاف المجوسية.

قال: **ولا يتزوّج أمَة على حرّة. ويجوز تزويج الحرّة عليها.**

كذا روي وعن النبي ﷺ عن عليّ رضي الله عنه أنه قال « **لا تنكح الأمَة على الحرّة** »[3] ولأن في الأوّل ضرر إدخال الناقصة على الكاملة دون الثاني.

---

[1] النساء ٤\٢٤

[2] المائدة ٥\٥

[3] مالك الموطا "**نكاح**" ١١٧؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٦٧/٣؛ الدارقطني السنن ٣٩/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٧٥/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٧٧/٣-١٧٨.



٦. ٣٣ باب في تعدّد الزوجات

قال: **وللحرّ أن يتزوّج أربعا من الحرائِر والإماء.**

لقوله تعالى ﴿ **فانكِحوا ما طَابَ لكم من النساء مَثني وثلاث وربا ع** ﴾[١] معناه أو ثلاث أو ربا ع. قال الفرّاء و لم يرد الجمع. لأنّه نهي في الكلام. فإن العرب متى أرادوا الإخبار عن التسعة لا يقول "مَثني وثلاث وربا ع." وكلام الحكيم تعالى وتقدس عن مثله. وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوّج من الإماء إلا واحدة. لأنّه نكاح ضروري. وما ذكره منقوص بالعبد. فإن له أن يتزوّج بأمتين فالحرّ أولى.[٢]

قال: **وليس له أن يتزوّج أكثر من ذلك.**[٣]

لأن التنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه.

قال: [٢٩٩/ب] **ولا يتزوّج العبد أكثر من ثنتين.**

---

١ النساء ٤\٣

٢ ف : – لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف كقيم الأعيان وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي في البكارة والثيوبة لاختلافه بها قال ويجوز تزويج الأمَة مسلمَة كانت أو كِتابية. لقوله تعالى وأحل لكم ما وراءَ ذلكم وقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكِتابَ من قبلكم مطلقا من غير فضل وقال الشافعي لا يجوز تزويج الكتابية كالمجوسية ونحن نقول حل وطئها بملك اليمين فيحل بالنكاح بخلاف المجوسية قال ولا يتزوّج أمَة على حرة ويجوز تزويج الحرة عليها كذا روي وعن النبي عن عليّ أنه قال لا تنكح الأمَة على الحرة ولأن في الأوّل ضرر إدخال الناقصة على الكاملة دون الثاني. قال وللحر أن يتزوّج أربعا من الحرائِر والإماء. لقوله تعالى فانكِحوا ما طَابَ لكم من النساء مَثني وثلاث وربا ع معناه أو ثلاث أو ربا ع قال الفراء و لم يرد الجمع لأنّه نهي في الكلام فإن العرب متى أرادوا الإخبار عن التسعة لا يقول مَثني وثلاث وربا ع وكلام الحكيم تعالى وتقدس عن مثله وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوّج من الإماء إلا واحدة لأنّه نكاح ضروري وما ذكره منقوص بالعبد فإن له أن يتزوّج بأمتين فالحر أولى.

٣ فتاوى قاضيخان ١/١٧٧.

وقال مالك يجوز. لأنّه في حقّ النكاح كالحرّ عنده حتّى يملك التزويج بغير إذنه. ولنا قوله عليه السلام « **لا يتزوّج العبد أكثر من اثنتين** »[1] ولأن الرقّ منصف إظهارا لشرف الحرّية.

قال: **فإن طلّق الحرّ إحدى الأربع طلاقا بائنا لم يجز له أن يتزوّج رابعة حتّى تنقضي عدتها.**

وهو قول[2] عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما خلافا للشافعي. وهو نظير نكاح الأخت في[3] عدّة الأخت. وقد مرّ.

قال: **وإذا زوّج الأمة مولاها ثمّ أعتقت فلها الخيار حرّا كان زوجها أو عبدا.**

خلافا للشافعي في الحرّ. لأنّ الخيار في العبد لدفع ولاية الخسيس على الشريفة. وقد عدم في الحرّ. ولنا ما روى أبو بكر الرازي « **أن النبي عليه السلام قال لبَريرة رضي الله عنها حين أعتقت "مَلكْتِ بُضعِكِ فاختاري"** »[4] علل الاختيار بمالكية البضع وهي شاملة للفصلين. وعن عائشة رضي الله عنها إن زوج بَريرة رضي الله عنها كان حرّا. وهذا نصّ في الباب.

قال: **وكذلك المكاتبة.**

خلافا لزفر لما مرّ.

قال: **فإن تزوّجت أمة بغير إذن مالكها ثمّ أعتقت صحّ النكاح ولا خيار لها.**

لأن النكاح إنّما يعدّ عليها بعد العتق لزوال مانع حقّ المولى. فلم يتحقّق زيادة الملك عليها بالعتق. فلا يثبت الخيار كما لو زوّجت نفسها بعد العتق. ثمّ إن كان الزوج دخل بها قبل العتق فالمهر المسمّى للمولى. وإن زاد على مهر مثلها لأنّ النفاذ استند إلى العقد. فتبين أنه أسبق في منفعة مملوكه للمولى. وإلا فالمهر لها.

قال: **ومن تزوّج امرأتين في عقدة واحدة إحداهما لا يحلّ له نكاحها صحّ نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى.**

وقال الشافعي في أحد قوليه بطل فيهما كما لو جمع بين حرّ وعبد في البيع. ولنا أن إيجاب العقد فيهما إيجاب في كلّ واحدة منهما على الانفراد حتّى لو قبلت إحديهما دون الأخرى يصحّ بخلاف البيع.

---

[1] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٦٥/٣.

[2] ف، ق : مذهب

[3] ق : + حق

[4] أبو داود السنن "**طلاق**" ١٨؛ الترمذي السنن "**رضاع**" ٧؛ ابن ماجه السنن "**طلاق**" ١٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٢/٦-٢٠٩.

ولأن بيع أحدهما بحصّته[1] من الثمن لا يصحّ. ونكاح إحديهما بحصّتها من المهر يصحّ لأنّ جهالة المهر لا تبطل النكاح وجهالة الثمن تبطل البيع.

[1] ق : بحصتها



٣٣ . ٧ باب في العيوب

قال: **وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار لزوجها.**

لأنّ النكاح لا يحتمل النسخ. وقال الشافعي تردّ المنكوحة بالجنون والجزام[١] والبرص[٢] والرتق[٣] والقرن.[٤] لأنّها تُخلّ بالمقصود ومن المعاش. ولنا أن[٥] التخلص بيد الزوج بالطلاق فصار[٦] كسائر العيوب.

قال: **وإذا كان بالزوج جنون أو جذام أو بَرص فلا خيار للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد كلّ عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر فلها الخيار**

كالجبّ والعنّة. وقال الشافعي لها الخيار في العيوب الخمسة وهي الجنون والجزام والبرص والجبّ [٣٠٠/أ] والعنّة لما مرّ. ولهما النكاح عقد على البضع. فلا يفسخ بالعيب كالخلع بخلاف الجبّ والعنّة. لأنّ الردّ ثمة لنقصان المهر عندهما.[٧] فلا يحتمل الفسخ.

قال: **فإن كان عنينا أجّله الحاكم حولا. فإن وصل إليها وإلا فرّق القاضي بينهما إن طلبت المرأة ذلك.**

هكذا روى عن[٨] عمر وعلي وابن مسعود ﷺ. والسنة المشروطة شمسية[٩] أربعة فصول حتّى إن[١٠] كانت لعلة ربما يزول. ويعتبر السنة من وقت التأجيل. ثمّ بعد سنة إذا قال "وطئتها" وهي ثيب فالقول له.

---

١ الجذام علة تتأكل منها الأعضاء وتتساقط. المعجم الوسيط ١١٣/١.

٢ البرص داء معروف نسأل الله العافية منه ومن كل داء وهو بياض يقع في الجسد برص برصا والأنثى برصاء. لسان العرب ٥/٧.

٣ الرتق بفتح الراء والتاء وهو التحام الفرج بحيث لا يمكن دخول الذكر انسداد محل الجماع بلحم.

٤ القَرَن في الفرج مانع يمنع سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مرتتقة أو عظم. وامرأة قرناء بها ذلك. أنيس الفقهاء ٥٣/١.

٥ ف، ق : - أن

٦ ف، ق : فصارت

٧ ف : - عندهما

٨ ف، ق : - عن

٩ وفي الهداية قمرية وهو الصحيح فالشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وأول السنة. الجوهرة النيرة ٦٣/٤.

١٠ ف، ق : لو

وإن كانت بكرا أو اعترف بعدم الوصول إليها يخيّرها القاضي بين المقام معه والفراق. فإن رضيت سقط حقّها. وإن اختارت الفراق فيفرق القاضي بينهما لما مرّ. ولأنه عجز عن الإمساك بالمعروف. فوجب التسريح بالإحسان. وقد امتنع عنه الزوج. فينوب القاضي منابه. ووجب لها المهر كاملا والعدّة للخلوة. ك[1] إذا أقامت بعد تخيير الحاكم أو أقامها بعض القوم بطل خيارها كالمخيرة. ولو أقامت بعد مضي السنة مدّة لا يسقط خيارها. وأيّام الحيض وشهر رمضان محتسبة من المدّة. وأما أيّام المرض فعن أبي يوسف إذا كان أقلّ من نصف شهر يحتسب عليه. وإلا فلا. وفي رواية عنه إن صحّ في السنة يوما أو يومين يحتسب[2] عليه. وإلا فلا. وعن محمد إذا مرض شهرا أجل مكانه شهرا آخر. ولو وصل إلى غيرها يؤجل في حقّها. لأنّه لا ينفعها. شق[3] ولو قالت بعد الحول "أنا بكر" فأخبرت امرأة بعد النظر إليها "إنها بكر" يكفي. والبنتان[4] أوثق وبالوطئ مرّة يسقط خيار حقّها أبَدا.

قال: **والفرقة تطليقة بائنة.**

لأن ضررها إنّما يندفع بالباين.

قال: **ولها كمال المهر**[5]

لما مرّ.

قال:**وإن كان مجبوبا فرق**[6] **بينهما في الحال ولم يؤَجله.**

لخلو التأجيل عن الفائدة.

قال: **والخصيّ**[7] **يؤجل كما يؤجل العنين.**

لتصور الجماع منه. ويقال "أشَدّ الجماع جماع الخصي" ولو علمت بالعنّة أو الجبّ ثمّ تزوّجته فلا خيار لها.

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين
[2] ق : تحسب
[3] شق : شرح الأقطع
[4] ف، ق : الثيبتان
[5] ق : + إن كان قد خلا بها
[6] ف : + القاضي
[7] الخصيُّ من ذهبت خصيتاه بقطع أو نحوه الخصي والخصية بضمهما وكسرهما من أعضاء التناسل وهاتان خصيتان وخصيان. القاموس المحيط ١٦٥١/١.



٨.٣٣ باب في اختلاف الدين و نكاح الذميين

قال: **وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه القاضي الإسلام. فإن أسلم فهي امرأته. وإن أبي الإسلام فرق بينهما.**

وقال الشافعي إن أسلمت قبل الدخول بانت في الحال وبعد الدخول بعد انقضاء مدّة العدّة كما إذا أسلمت في دار الحرب. ولنا أن تغلبية[١] أسلمت فقال عمر رضي الله عنه لزوجها "أسلم وإلا فرقت بينكما" فأبي ففرق.[٢] وعن ابن عبّاس رضي الله عنهما مثله بمحضر من الصحابة من غير نكير. ولأن بالآباء فات الامساك بالمعروف. فوجب التسريح بالإحسان. وقد امتنع الزوج عنه فناب القاضي منابه.

قال: **وكان ذلك طلاقا بائنا عند أبي حنيفة.**[٣]

لأنّها فرقة [٣٠٠/ب] جائت من قبل الزوج.

قال: **وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام. فإن أسلمت فهي امرأته. وإن أبت فرق القاضي بينهما**

لما مرّ.

قال: **ولم تكن الفرقة طلاقا. وقال أبو يوسف هذه الفرقة ليست بطلاق**

بائنا. فتح القدير ٤١٩/٣.

٣ ق : + ومحمد

في الوجهين لأنّه أمر يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك. وقال محمد هي طلاق في الوجهين كالفرقة باللعان. وقال أبو حنيفة هي طلاق بآباء الزوج دون آبائها لأنّ الزوج يملك الطلاق دونها.

قال: **فإن كان قد[1] دخل بها فلها المهر.**

لتأكّده بالدخول.

قال: **وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها.**

لأنّ الفرقة من قبلها. فأشبه الردّة فيسقط[2] قبل تأكده.

قال: **وإن أسلمت المرأة في دار الحرب لم يقع الفرقة عليها حتّى تحيض ثلاث حيض. فإذا حاضت بانت من زوجها.**

لأن الإسلام ليس بسبب للفرقة. والعرض على الإسلام متعذر لفقد ولاية الحاكم ثمه.[3] ولا بدّ من الفرقة دفعا للفساد. فأقمنا شرطها. وهي مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر. ولا فرق بين المدخول بها وغيرها. والشافعي يفصل كما مرّ في دار الإسلام. ولا عدّة عليها بعدها عند أبي حنيفة خلافهما[4] في المدخولة بها.[5]

قال: **وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما.**

لأنه يصحّ النكاح بينهما ابتداء. فالبقاء أولى.

قال: **وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما.**

خلافا للشافعي.

قال: **ولو سبي أحدهما[6] وقعت البينونة. وإن سبيا معا لم تقع البينونة .**

وقال الشافعي تقع. فالحاصل أن سبب البينونة هو التباين دون السبيِ عندنا. وعنده على عكسه لأنّ أمر التباين انقطع الولاية. وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن. أما السبي

---

[1] ق : - قد
[2] ف : فسقط
[3] ق : - ثمه
[4] ق : خلافا لهما
[5] ف، ق : - بها
[6] ف، ق : + أحد الزوجين

فيقتضي[١] الصفاءَ والخلوص للسابي. وذلك بانقطاع ملك البضع فلهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي. ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية. والسبي يفيد ملك الرقبة. وإنه لا ينافي النكاح ابتداء وبقاء كالشراء والمستأمن لم يباين الدار حكما لقصد الرجوع.

قال: **وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز لها أن يتزوّج. ولا عدّة عليها عند أبي حنيفة. وقالا عليها العدّة.**

لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في الإسلام فيلزمها حكمه. وله قوله تعالى في المهاجرات ﴿ **ولا جناح عليكم أن تنكِحوهن** ﴾[٢] الآية. ولأن العدّة وجبت إظهار الحظر النكاح ولا حظر لملك الحربي.

قال: **وإن كانت حاملا لم يتزوّج حتّى تضع حملها.**[٣]

وعن أبي حنيفة أنه يصحّ النكاح. ولا يقربها حتّى تضع كالحامل [٣٠١/أ] من الزّنا وزوجها الأوّل أن فراشها لما ظهر في حقّ النسب يظهر في المنع من النكاح احتياطا. وقال ﷺ « **ألا لا توطَأ حامل حتّى تضع** »[٤]

٣٣ . ٨ . ١ فصل في الردة

قال: **وإذا ارتدّ أحد الزوجين عن الإسلام والعياذ بالله وقعت البينونة بينهما. وكانت فرقة بغير طَلاق.**

وقال محمد إن كانت الردّة من قبل الزّوج كان طلاقا كالآباء وأبو يوسف مرّ على أصله في الكل. وأبو حنيفة فرق بين الآباء والردة. لأنّ الردّة منافية للنكاح. لأنّها منافية لعصمة الأملاكِ. والطلاق رافع للنكاح. فتعذر أن يجعل طلاقا بخلاف الآباء. فإنه يفوت به الإمساك بالمعروف. فيجب التسريح بالإحسان على ما مرّ. ولهذا يتوقّف الفرقة بالآباء على القضاء دون الفرقة بالردّة.

قال: **فإن كان الزوج هو المرتدّ وقد دخل بها فلها**[٥] **المهر.**

لتأكده بالدخول.

---

[١] ف : يقتضي

[٢] الممتحنة ١٠\٦٠

[٣] ق : + لأنه ثابت النسبة

[٤] أبو داود السنن **"نكاح" ٤٣**؛ الترمذي السنن **"أطعمة" ١**؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف" ٢٩/٤**؛ الزيلعي **"نصب الراية" ٣٢١/٤**.

[٥] ف : + كمال

قال: **وإن لم يكن دخل بها فلها نصفه. وإن كانت المرأة هي المرتدة قبل الدخول فلا مهرلها.**

ولا نفقة أيضا. لأنّ الفرقة جائت من قبلها فكان في معنى الفسخِ.

قال: **وإن كانت الردّة بعد الدخول فلها المهر.**

لما مرّ.

قال: **وإن ارتدّا معا وأسلما معا فهما على نكاحهما.**

استحسانا. وقال زفر بطل كارتداد أحدهما. ولنا ما روي أن بَني حنيفة[1] ارتدّوا ثمّ أسلموا. و لم يأمرهم أبو بكر رضي الله عنه ولا الصحابة رضي الله عنهم بتجديد النكاح. وكان ارتدادهم معا لجهالة التاريخ. **هـ**[2] ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما فسد النكاح. لأنّ إمرار الآخر على الردّة كالابتداء.

قال: **ولا يجوز أن يتزوّج المرتدّ مسلمة ولا كافرة ولا مرتدّة. وكذلك المرتدة لا يتزوّجها مسلم ولا كافر ولا مرتدّ.**

لقوله تعالى ﴿ **ولا تنكِحوا المشركات حتّى يؤمن** ﴾[3] الآية.[4] ولما مرّ أن **الردّة** ينافي عصمة الأملاك. ولأن يمنع ثبوتها أولى.

قال: **وإذا كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه. وكذلك إن أسلم أحدهما ولهما ولد صغير صار ولده مسلما بإسلامه.**

لقوله عليه السلام « **كلّ مولود يولد على الفطرة** »[5] فأبواه يهودانه ومجوسانه ونصرانه. فبين أن الفرع يتبع الأصل في الدين. فإذا أسلم أحدهما فقد اعتصد الموجب للتبعية في الإسلام بالفطرة الأصلية فيترجح.

قال: **وإن كان أحد الأبَوين كِتابيّا والآخر مَجوسِيّا فالولد كِتابي.**

لحديث عمَر رضي الله عنه « **الولد يتبع خير الأبوين دينا** »[1] وعند الشافعي هو على دين أبيه كالعقل.

---

[1] بني حنيفة قبيلة عربية تتفرع من قبائل بكر بن وائل ضمن فرع ربيعة من قبائل عدنان من بني النبي الحليم إسماعيل ذبيح الله من بيت النبوة آل إبراهيم خليل الرحمن عليهم الصلاة والسلام. أرسل أبو بكر آيّام حكومته جماعة يرأسهم خالد بن الوليد إلى بني حنيفة؛ ليأخذ زكاة أموالهم امتنع مالك بن نويرة التميمي ـــ رئيس بني حنيفة ـــ من إعطاء الزكاة إلى غير مستحقّيها معتقدا أنّ الزكاة لابدّ أن تُعطى إلى وصيّ رسول الله وهو الإمام علي. عند ذلك قام خالد بن الوليد بقتل مالك بن نويرة غيلة معلّلا قتله إيّاه أنّه مرتدّ عن الإسلام ثمّ وطء زوجة مالك في تلك الليلة من غير أن تعتدّ وصادر أموالهم وأخذ بقية الرجال والنساء سبايا إلى أبي بكر وكانت السيّدة خولة من ضمن السبايا. التلخيص الحبير ١٣٨/٤؛ الطبقات الكبرى ٥٤٩/٥.

[2] هـ : هداية

[3] البقرة ٢٢١\٢

[4] ف، ق : - الآية

[5] البخاري الصحيح "**جنائز**" ٧٩؛ مسلم الصحيح "**قدر**" ٢٢؛ أبو داود السنن "**سنة**" ٣٤؛ الترمذي السنن "**قدر**" ٥.

قال: **وإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدّة كافر وذلك في دينهم جائز ثمّ أسلما أقرا عليه.**

وقال زفر النكاح فاسد فيهما للنصوص. لكن لا يتعرّض لهم قبل الإسلام [٣٠١/ب] والمرافعة للذمة. وقال أبو يوسف ومحمد يصحّ في الأوّل دون الثاني. لأنّ نكاح المعتدّة باطل بالإجماع دون النكاح بغير شهود. لأنّه مختلف فيه. وأهل الذمّة التزموا أحكامنا المجمعة بالعقد دون الاختلافات. ولأبي حنيفة أن الحرمة بالعدّة تعذر إثباتها حقّا للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه. ولا حقّا للزوج لأنّ الزوج لا يعتقدها أصلا بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنّ المسلم يعتقده.[2] ولأن الصحابة فتحوا بلاد فارس[3] وغيرها وأسلموا و لم يتعرّضوا لأنكحتهم.

قال: **وإن تزوّج المجوسي أمّه أو بنته ثمّ أسلما فرق بينهما.**

لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما مرّ في العدّة. ووجب التعرض بالإسلام فيفرّق. وعنده لها حكم الصحّة إلا أنّ المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدّة. لأنّها لا ينافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.

---

[1] العيني عمدة القارئ ١٣/١٦.

[2] ق : تعتقدُ

[3] بلاد فارس إيران



٣٣ . ٩ باب في القسم

قال: **وإن كان للرجل امرأتان حرّتان فعليه أن يعدل بينهما في القَسم بكرين كانتا أو ثيبتين أو كانت إحداهما بكرا والأخرى ثيِّبا.**

وكذا المكاتبة[١] والمسلمة لقوله ﷺ « **من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما في القسم جاء يومَ القيامَة وشقّه مائِل** »[٢] وقالت عائشة رضي الله عنها « **كان النبيّ ﷺ يعدل في القسم بين نسائِه وكان يقول "اللهم هذا قَسْمي فيما أملِكه. فلا تؤَاخِذني فيما لا أملِك"** »[٣] ولأهن استوين في سبب الاستحقاق فيستوين في الاستحقاق. هـ[٤] والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأنّ المستحقّ التسوية دون طريق التسوية. والتسوية في البيتوتة لا في المجامع. لأنّها بني على النشاط.

قال: **وإن كانت إحداهما حرّة والأخرى أمَة فللحرة الثلثان من القسم وللأمَة الثلث.**

لقوله ﷺ « **للحرة ليلتان وللأمَة ليلة** »[٥] والمكاتبة والمدبّرة وأمّ الولد بمنزلة الأمَة لقيام الرقّ فيهنّ.

قال: **ولا حقّ لهنّ في القسم في حال[٦] السفر. يسافر الزوج بمن شاء منهن. والأولى أن يقرع بينهن. فيسافر بمن خرجت قرعتها.**

---

١ ق : الكتابية

٢ النسائي السنن الكبرى "**عِشرة النساء**" ٣؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٤٧؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٧/٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٩٥/٢.

٣ أبو داود السنن "**نكاح**" ٣٧؛ الدارمي السنن "**نكاح**" ٢٥؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٩٨/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٠٤/٣.

٤ هـ : هداية

٥ مالك الموطا "**نكاح**" ١١١٧؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢٦٥/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٠٤/٣.

٦ ق : حالة

نفيا للتهمة. وقال الشافعي القرعة مستحقّة. لأنّه عليه السلام « **كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائِه** »[1] لكنّا نقول القرعة لتطيّب قلوبهنّ. لأنّه لا حقّ لهنّ في السفر. لأنّ له أن لا يستصحب واحدة منهن فله أن يسافر بواحدة منهنّ. ولا يحتسب عليه بتلك المدّة.[2]

قال: **وإذا رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز.**

لأنه عليه السلام طلق سودة بنت زمعة[3] رضي الله عنها. فسئلت أن يراجعها وتجعل[4] قسمها لعائشة رضي الله عنها فراجعها وجعل قسمها لعائشة رضي الله عنها.

قال: **ولها أن ترجع [٣٠٢/أ] في ذلك**

لأنّها أسقطت حقّا لم تجب بعد فلا يسقط. ك[5] ولو تشاغل الزوج بالصوم والصلاة أو بالأمَة عن المرأة قسم لامرأته من كلّ أربعة أيّام يوما. ومن كلّ أربع ليال ليلة عند أبي حنيفة. لأنّ له أن يسقط حقّها عن ثلاثة أيّام يتزوّج ثلاث سواها. فكذا بالصيام والقيام والإماء. وإنه مرويّ عن عمر رضي الله عنه وعن الرازي. ليس هذا مذهبنا لأنّ القسم إنّما يكون بمشاركة الزوجات. وقيل لا. بل مذهبنا رواه محمد عن أبي حنيفة.[6]

---

١ البخارى الصحيح **"شهادات"** ٣٠؛ مسلم الصحيح **"توبة"** ٥٦؛ أبو داود السنن **"نكاح"** ٣٧؛ ابن ماجه السنن **"نكاح"** ٤٧؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٩٤/٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٠٥/٣.

٢ [illegible] يستصحب [illegible] السفر. المبسوط ٢١٩/٥.

٣ [illegible] شمس وأسلمت [illegible] الزركلي الأعلام ١٤٥/٣.

٤ ف، ق : يجعل

٥ ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

٦ ف : + والله أعلم بالصواب



٣٤ كتاب الرضاع



إعلم[1] أن حرمة الرضاع[2] تثبت[3] بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. أمّا الكتاب فقوله تعالى في عداد[4] المحرمات ﴿ **وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾[5] وأما السنة فقوله ﷺ « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** »[6] وأما الإجماع فظاهر.

---

١ ... لاختصاصه ... يرضعونها. فتح القدير ٤٣٨/٣.

٢ ... يحرم. الجوهرة النيرة ٨١/٤.

٣ ف : ثبث

٤ ق : إعداد

٥ النساء ٢٣\٤

٦ مسلم الصحيح "**رضاع**" ١؛ الترمذي السنن "**رضاع**" ١؛ ابن ماجه السنن "**رضاع**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**نكاح**" ٣٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٧١/٣.



٣٤. ١ باب في أحكام الرضاع

٣٤. ١. ١ فصل في مقدار الرضاع

ثم قال المصنّف : **قليل الرضاع وكثِيره سواء. إذا حصل في مدّة الرضاع تعلق به التحريم.**

وقال الشافعي لا يثبت التحريم إلا بخمسِ رضعات. وقال نفاة[1] القياسِ بثلاث لقوله عليه السلام « **لا تحْرُم المَصَّة ولا المصّتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان** »[2] وللشافعي حديث سهلة بنت سهيل[3] رضي الله عنها. حين سئلت منه أن يصير سالم[4] رضي الله عنه محرما لها. فقال لها « **أرضعيه[5] خمس رضعات** »[6]

قلت وعند الشافعي لا يكفي خمس رضعات حتّى يكون كلّ واحدة منها مشبعة. ولنا ما روينا من الكتاب والسنة من غير فصل. وعن عليّ رضي الله عنه تحرم الجرعة من الرضاعة كما يحرم الحولان. وما رواه الشافعي منسوخ أو مردود بما روينا على أن الحكم لم يتعلّق بالمصتين ولا الإملاجتين لجواز حصولهما وعدم

---

١ ق : – نفاة

٢ مسلم الصحيح "**رضاع**" ١٧؛ أبو داود السنن "**نكاح**" ١٠؛ الترمذي السنن "**رضاع**" ٣؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٣٥؛ النسائي السنن الكبرى "**نكاح**" ٥١؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٠٨/٣.

٣ [illegible] رضعات. الطبقات الكبرى ٢٧٠/٨.

٤ سالم مَولى أبي حذيفة كما تبني رسول الله زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه، ابنة أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من المهاجرات الأول.

٥ ق : أرضعته

٦ مسلم الصحيح "**رضاع**" ٢٧؛ أبو داود السنن "**نكاح**" ٩؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٣٦؛ النسائي السنن الكبرى "**نكاح**" ٥٣؛ مالك الموطا "**رضاع**" ١٢٦٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٠١/٦.

وصول اللبن إلى جوف الصبيِّ لضعفه أو لقلة اللبن وصلابية الثديِ. ومذهبنا مذهب عليّ وابن عبّاس وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم. وكونه في مدّة الرضاع شرط لما يأتي.

٢ .١ .٣٤ فصل في مدّة الرضاع

قال: **ومدة الرضاع عند أبي حنيفة ثلاثون شهرا. وقال أبو يوسف ومحمد سنتان.**

وبه الشافعي. وقال زفر ثلاثة أحوال لأنّه لما ثبت حكمه في أوّل الثالث بدليل أبي حنيفة ثبت حكمه في آخره كالحولين. ولهما قوله تعالى ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[١] و قوله ﴿ **وفصاله في عامَين** ﴾[٢] وقوله تعالى ﴿ **وحمله وفصاله ثلاثون شَهرا** ﴾[٣] وأدني مدّة الحمل ستّة أشهر. فيبقى لمدّة[٤] الرضاع سنتان. ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[٥] إلى ان قال ﴿ **فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور** ﴾[٦] ثبت [٣٠٢/ب] الفصال بعد الحولين بتراضيهما. وهذا يدلّ على عدم وقوعه قبل تراضيهما. وهو مختلف فيه. ثم قال ﴿ **فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم** ﴾[٧] نفي الجناح عن الاسترضاع بعد الحولين. وأما قوله تعالى ﴿ **يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[٨] وقوله تعالى ﴿ **وفصاله في عامَين** ﴾[٩] ليس هو الفصال في حقّ التحريم. إنّما هو في[١٠] وجوب النفقة على الأب. وعندي لا يجب نفقة إرضاعها بعد الحولين[١١] إذا اختارت الإرضاع. ويجوز الفصال قبل الحولين باتفاقهما على أن هذا تقدير مدّة وجوب إرضاع الأمّ ديانة لا مدّة التحريم. وأما قوله تعالى ﴿ **وحمله وفصاله ثلاثون شَهرا** ﴾[١٢] فهو حجّة لأبي حنيفة. لأنّ المراد بالحمل الحمل[١٣] باليد على ما ذهب إليه صاحب الكشّاف. لأنّ الحمل في البطن ذكر قبله بقوله تعالى ﴿ **حمَلته أمه كرها ووضعته كرها**

---

١ البقرة ٢٣٣\٢
٢ اللقمان ١٤\٣١
٣ الاحقاف ١٥\٤٦
٤ ق : مدة
٥ البقرة ٢٣٣\٢
٦ البقرة ٢٣٣\٢
٧ البقرة ٢٣٣\٢
٨ البقرة ٢٣٣\٢
٩ اللقمان ١٤\٣١
١٠ ق : – حق
١١ ف :– بعد الحولين
١٢ الاحقاف ١٥\٤٦
١٣ ق : – الحمل

﴾[1] وضرب للحمل باليد. والفصال ثلاثون[2] شهرا. فينقضي الأجلان بأجل واحد على أن أغدية الصبيان ثلاثة بحسب أحوال الصبيان. فغذا[3] الجنين الدم. وغذا[4] الرضيع اللبن. وغذا[5] العظيم الطعام. وحرمة الرضاع معللة بالبعضية. شرب[6] اللبن في مدته ينبت اللحمَ وينشر العظمَ على ما دلّ عليه الحديث « **الرضاع مما ينبت اللحمَ وينشِر العظمَ** »[7] ولا يتغيّر طبعه بعد الحولين عن غذاء[8] إلى غذاء[9] بيوم أو يومين. فأبو حنيفة قدر ذلك بستّة أشهر. لأنّ طبع السنة يتغيّر من الحرّ إلى البرد و من البرد إلى الحرّ في ستّة أشهر.

قال: **وإذا مَضت مدّة الرضاع لم يتعلّق بالرضاع تحريم.**

لحديثِ جابر رضي الله عنه من النبي ﷺ إنه قال « **لا رضاع بَعد فِصال ولا يُتْم بَعد حُلم ولأ صُمت يومٍ إلى الليل بغير كلام ولا وصال في صيام ولا طَلاق إلا بَعد النكاح ولا عتق إلأ بَعد ملك** »[10] الحديث. وهل يباح الإرضاع بعد المدّة؟ قيل لا يباح ك[11] إذا فطم. قيل ثلاثين شهرا ثمّ أرضع هل يكون رضاعا؟ عند أبي حنيفة فيه روايتان. وقيل إذا استغني بالطعام ففطم ثمّ أرضع لا يكون رضاعا وإلا فرضاع.

٣٤ . ١ . ٣ فصل في الحرمَة بالرضاع

قال: « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** »[12]

وهذا لفظ الحديث الذي مر.

---

[1] الاحقاف ٤٦\١٥

[2] ف، ق : ثلاثين

[3] ق : غداء

[4] ق : غداء

[5] ق : غداء

[6] م : + لأن شربَ

[7] أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٨٦/٧؛ الدارقطني السنن ١٧٢/٤.

[8] ق : غداء

[9] ق : غداء

[10] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٥٠/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٤١٦/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٠٨/٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣١٩/٧ رقم ١٤٦٥٨ بلفظ "لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام ولا عتق إلا بعد ملك ولا طلاق إلا بعد النكاح ولا يمين في قطيعة ولا تعرب بعد هجرة ولا هجرة بعد الفتح ولا يمين لولد مع والد ولا يمين لامرأة مع زوج ولا يمين لعبد مع سيده ولا نذر في معصية الله ولو أن أعرابيا حج عشر حجج ثم هاجر كانت عليه حجة إن استطاع إليه سبيلا ولو أن صبيا حج عشر حجج ثم احتلم كانت عليه حجة إن استطاع إليه سبيلا ولو أن عبدا حج عشر حجج ثم أعتق كانت عليه حجة إن استطاع إليه سبيلا"

[11] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

[12] مسلم الصحيح "**رضاع**" ١؛ الترمذي السنن "**رضاع**" ١؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٣٤؛ النسائي السنن الكبرى "**نكاح**" ٤٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٧١/٣.

قال: **إلا أمّ أخته من الرضاع. فإنه يجوز أن يتزوّجها. ولا يجوز أن يتزوّج أم أخته من النسب.**

وفي بعض النسخِ إلا أم أخته وكلاهما واحد. لأنّها من النسب أمه أو موطئة أبيه بخلاف الرضاع لانتفاء الأمرين.

قال: **وأخت ابنه من الرضاع يجوز أن يتزوّجها. ولا يجوز أن يتزوّج أخت ابنه من النسب.**

لأنها ربيبَته وفي الرضاع أجنبية.

قال: **وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز [٣٠٣/أ] أن يتزوّجها كما لا يجوز أن يتزوّج امرأة ابنه من النسب.**

لما مرّ من الحديث. **ك**[١] ولو طلق امرأته قبل الدخول لا يتزوّج أمّها[٢] من الرضاع وله أن يتزوّج بنتها من الرضاع[٣] كما في النسب.

قال: **ولبَن الفحل**[٤] **يتعلّق به التحريم. وهو أن ترضع المرأة صبية. فتحرم هذه الصبية على زوجها وآبائِه وأبنائِه. ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبَن أبا للمرضعة.**

وفي أحد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم. لأنّ الحرمة لشبهة البعضية. واللبن بعضها لا بعضه. ولنا قوله ﷺ « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** »[٥] والحرمة بالنسب من الجانبين. فكذا بالرضاع. وقال عليه السلام ﷺ لعائشة رضي الله عنها « **ليلِجْ عليكِ أفلحُ**[٦] **لأنّه عمّكِ من الرضاعة** »[٧] ولأنه سبب لنزول اللبن منها. فيقام السبب مقامَ المسبّب في موضع الحرمة احتياطا. **ك**[٨] امرأتا رجل أرضعت كلّ واحدة صغيرا من لبنه صار أخوين أو أخا وأختا لأب. فيحرم المناكحة بينهما. ولا يحلّ لهذا المرضع موطؤة صاحب اللبن ولا لصاحب اللبن موطؤة المرضع. لأنّها امرأة أبيه أو ابنه. ولو طلق امرأته ولها لبن منه

---

١ ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

٢ ق : بنتها

٣ ق : - وله أن يتزوج بنتها من الرضاع

٤ [illegible]

٥ مسلم الصحيح "رضاع" ١؛ الترمذي السنن "رضاع" ١؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" **٣٤**؛ النسائي السنن الكبرى "**نكاح**" **٤٩**؛ الزيلعي "**نصب الراية**" **١٧١/٣**.

٦ أخو أَبِي الْقُعَيْس

٧ البخارى الصحيح "**شهادات**" ٧؛ مسلم الصحيح "**رضاع**" ٣؛ أبو داود السنن "**نكاح**" ٧؛ النسائي السنن الكبرى "**نكاح**" **٥٢**؛ الزيلعي "**نصب الراية**" **٢١٢/٣**.

٨ ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

فيزوج[1] آخر بعد العدّة وحبلت من الثاني وأرضعت صبيا فعند أبي حنيفة التحريم من الأوّل دون الثاني حتّى تضع الحمل فيكون من الثاني دون الأول. و عن أبي يوسف من الثاني لا غير. وعن محمد إذا نزل لها لبن من الثاني فمنهما. فإذا وضعت فمن الثاني.

قال: **ويجوز أن يتزوّج الرجل[2] بأخت أخِيه من الرضاع كما يجوز أن يتزوّج بأخت أخِيه من النسب. وذلك مثل الأخِ من الأب إذا كان له أخت من أمّه جاز لأخِيه من أبيه أن يتزوّجها.**

لأنهما أجنبيان.

قال: **وكل صبيين اجتمَعا على ثدي واحدة[3] لم يجز لأحدهما أن يتزوّج بالآخر**

لأنهما صارا أخا وأختا.

قال: **ولا يجوز أن يتزوّج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت ولا ولد ولدها.**

لأن الأوّل أخوها. والثاني ولد أخِيها أو أختها.

قلت واختلف النسخ والأساودة في إعراب قوله "ولا ولد" فبعضهم رفعوه وبعضهم نصبوه. وكان شيخ الإسلام علاء الأئمّة الخَيّاطيّ[4] يقول يجوز بالحركات الثلاثِ. أما الرفع فعطفا على "أحد"[5] وأما النصب فعطفا على "المرضعة" أي لا يتزوّج المرضعة وولد ولدها. وأما الجر فعطفا على من ولد التي أرضعت والرفع أظهر.

قال: **ولا يتزوّج الصبيّ المرضع أخت الزوج. لأنها عمته من الرضاع.**[6]

٤. ١. ٣٤ فصل في اختلاط اللبَن

قال: **وإن اختلطَ اللبَن بالماء واللبَن هو الغَالب تعلّق به** [٣٠٣/ب] **التحريم.**

لحصول الإغتداء باللبَن. وإن غَلبَ الماء لم يتعلّق به التحريم خلافا للشافعي لوجود اللبن فيه حقيقة. ونحن نقول المغلوب معدوم حكما حتّى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين.

---

[1] ق : فتزوّجت

[2] ف : - الرجل

[3] ف، ق :واحد

[4] شيخ الإسلام علاء الدين سديد بن محمد الخياطي الخوارزمي عن فخر المشايخ علي بن محمد العمراني وعنه نجم الدين الحسين بن محمد البارع. والحافظ أبو الحسين محمد بن حسن بن علي الجرجاني لخياطي. سكن ما وراء النهر وحدث عن عمران بن موسى بن مجاشع وعنه غنجار. ومات سنة ٣٥٣. القرشي الجواهر المضيئة ٢١٩/١

[5] بالرفع لان لفظه مراد.

[6] ق : الرضاعة

قال: **وإن اختلط بالطعام لم يتعلّق به التحريم. وإن كان اللبَن غالبا عند أبي حنيفة.**

وقالا إذا غلبَ اللبن تعلّق به التحريم اعتبارا للغالب. ه[1] وهذا إذا لم تمسه النار حتّى لو طبخ به لا يتعلّق به التحريم بالإجماع. لأبي حنيفة[2] أن الطعامَ أصل في التغدية به. واللبن تابع فيها. فصار كالمغلوب في المقصود. ولا عبرة بتقاطر اللبن من الطعام عنده[3] على الأصحّ.

قال: **وإذا اختلط بالدواء وهو الغَالب تعلّق به التحريم.**

لأن اللبن مغد دون الدواء. وإن غلب الدواء لا يحرم بخروجه عن صلاحية التغدية لغلبة غيره عليه.

قال: **وإذا حلب اللبَن من المرأة بَعد موهما. فأوجر به الصبيّ تعلق به التحريم.**

للتغدية به خلافا للشافعي. ولو حقن به لا يحرم خلاف محمد.

قال:**وإذا اختلط اللبَن بلبَن شاة وهو الغالب تعلّق به التحريم. وإن غَلب لبَن الشاة لم يتعلّق به التحريم.**

لما مرّ في الماء.

قال:**وإذا اختلط لبَن امرأتين تعلّق التحريم بأكثرهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يتعلّق بهما.** ك[4]

تعلّق بالغالب عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر بهما. لأنّ الشيء لا يصير مستهلكا بجنسه. ولهما أن العبرة للأغلب كلبن الشاة. ه[5] وعن أبي حنيفة روايتان.

٥. ١. ٣٤ فصل الرضاع من البكر والرجل والشاة

قال: **وإن نزل للبكر لبَن فأرضعت به صبيّا تعلّق به التحريم.**

لإنبات اللحم وإنشار العظم.

قال: **وإن نزل للرجل لبَن فأرضع به صبيّا لم يتعلّق به التحريم.**

لأن ذالك ماء أبيض تصور بصورة اللبن.

---

[1] ه : هداية

[2] ق : + له

[3] ق : - عنده

[4] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

[5] ه : هداية

قال: **وإذا شرب صبيان من لبَن شاة فلا رضاع بينهما.**

لأنه لا جزئِية بينها[1] وبين الآدمي. والحرمة باعتبار هذه الجزئِية.

٣٤. ١. ٦ فصل الجمع بين امرأتين بالرضاع

قال: **وإذا تزوّج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج.**

لأنه يصير جامعا بين الأمّ والبنت من الرضاع. وذلك حرام كالنسب.

قال: **فإن كان لم يدخل على الكبيرة فلا مهر لها.**

لأن الفرقة جائت من قبلها قبل التأكيد.

قال: **وللصغيرة نصف المهر.**

لأن فرقتها ليست من جهتها والارتضاع. وإن كان فعلها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقّها كما لو قتلت مورثها.

قال: **ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمّدت به الفساد.** [٣٠٤/أ] **وإن لم يتعمّد فلا شيء عليها.**

وعن محمد إنه يرجع في الوجهين بالتسبيب. ولهما أن التسبيب يشترط فيه التغدي كما في حفر البئر. ثمّ إنّما يكون متغدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد. أما إذا لم يعلم بالنكاح أو علمت ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك من الصغيرة دون الفساد لا يكون متغدية. فإن قيل "ألجهل ليس بعذر في دار الإسلام." قلنا[2] اعتبرناه عذرا في دفع قصد الفساد لا في دفع الحكم. وله أن يتزوّج الصغيرة إن شاء دون الكبيرة. لأنّها ربيبته من الرضاع لم يدخل بأمّها على ما مرّ. ك[3] تزوّج صغيرة فأرضعتها أمه حرمت عليه لأنّها صارت أختا له. ولو تزوّج رضيعتين فأرضعتهما امرأة معا أو متعاقبا حرمتا عليه لصيرورتهما أختين. ولو كن ثلاثا فأرضعتهن متعاقبا بانت الأوليان دون الثالثة. ولو أرضعت الأولى ثمّ الثنتين معا بِنَّ جميعا. ولو كنّ أربعا فأرضعتهن متعاقبا بنّ جميعا. ولو تزوّج صغيرتين وكبيرتين فأرضعت الكبيرتان صغيرة ثمّ صغيرة بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى لا غير لأنّ إرضاع الثانية حصلت بعد بينونتهن. ولو تزوّج صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغرة أو أختها بانتا لأنّه جامع بين المرأة وبنت أختها أو

---

[1] ف، ق : بينهما
[2] ق : قلتُ
[3] ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين

بين أختين. ولو زوج من مملوكه الرضيع أمّ ولده فأرضعته بلبن السيّد حرمت عليهما. لأنّ الزوج ابن المولى.

٧.١.٣٤ فصل في ثبوت الرضاع بالشَّهادة

قال: **ولا تقبَل في الرضاعة[١] شَهادة النساء.[٢] وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.**

وقال مالك يثبت بشهادة امرأة عدل.[٣] لأنّه حقّ الشرع. فصار كمن أخبره واحد إن هذه الشاة ذبيحة المجوسيِّ. ولنا أن حرمة الرضاع لا تقبَل الفصل عن زوال الملكِ في باب النكاح. وإبطال الملكِ لا يثبت إلا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لأنّ حرمة التناول تنفكّ عن زوال الملكِ. وقال الشافعي تقبَل فيه شهادة أربع نسوة. ولنا قول عليّ وعمر رضي الله عنهما. **ك**[٤] فإن أخبرت امرأة واحدة فالأولى أن يتتره. ولا يجب ذلك لقوله عليه السلام في هذه الصورة فارقها كيف وقد قيل في **شق**[٥] وعن عليّ رضي الله عنه إنه سئل عنه فقال "هي إمرأتك ليس أحد يحرمها عليك."[٦]

---

١ ق : - في الرضاعة
٢ ف، ق : + مُنفردات
٣ ف، ق : عدلة
٤ ك : الكفاية للبيهقي اسماعيل بن الحسين
٥ شق : شرح الأقطع
٦ ف : + والله أعلمُ.



٣٥ كتاب الطلاق



اعلم أن الطلاق[1] مشروع. ثبت شرعيته بالكتاب والسُنّة وإجماع الأمّة وضرب من المعقول. [٣٠٤/ب] أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **فطلقوهن لعدتهن** ﴾[2] وأما السُنة فقوله ﷺ « **كلّ طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه** »[3] وأما الإجماع فظاهر. وأما المعقول فلأنّ أعمّ النساء لما اختصصن بسوء الاختيار وسرعة الاغترار وسخافة[4] الرأي والعقل والسفاهة في القول والفعل ونقصان الدين وقلة اليقين

---

[1] وسلم. المبسوط ٦/٢.

[2] الطلاق ١/٦٥

[3] الترمذي السنن "**طلاق**" ١٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٧٤/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٥٩/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢١٨/٣.

[4] السخف رقة العيش رقة العقل. السخف في العقل والسخافة في كل شيء. القاموس المحيط ١٠٥٨/١.

وسوء التدبير والانهماك[1] في التقصير وكفرانهنّ نعم الأزواج وتعسّفهنّ[2] في المعاشرة أمثال المنهاج وإبطال خيراتهنّ وتحاملهنّ بالمنّ والأذى وحسبانهنّ تحمل أعباء تكاليف أزواجهنّ منهنّ[3] أخفّ من القذى ومغالبتهنّ في أسواء أرائهن وظنونهنّ الكاذبة على أورع أزواجهنّ ومبالغتهنّ في المكر والمكائد وأهقامهنّ أبداً على نصب حبائل الخداع والمصائد وقد يهمن عند تبدل رأيهن تقتل أزواجهنّ وأولادهنّ ويضيع أموالهم المعصومة وإعراضهم المصونة وإفشاء سرائرهم المكنونة. ولا يمكنهم الفرار منهنّ ولا الفرار معهنّ فيتعين الطلاق حينئذ مخلصاً عن شر صحبتهنّ ومنجاة عن قبح معاملتهنّ ومنقذاً عن أسرهنّ واستيلاءهنّ ومدفعاً لكربهنّ وبلائهنّ حسن من الكريم الحكيم الرءوف الرحيم تخليص عبده به من هذا العذاب الأليم. خلص الله تعالى كافة المسلمين عن مثل هذا البلاء. وجعلني شاكراً لما عليّ خصوصاً في هذا الباب من[4] النعماء إذا عرفنا هذا فنقول.

---

[1] الانهماك التمادي في الشيء واللجاج فيه. لسان العرب ٥٠٨/١٠.

[2] العسف الأخذ على غير الطريق وبابه ضرب وكذا التعسف. الجوهري الصحاح ٤٦٧/١.

[3] ق : - منهن

[4] ف : - الباب من



٣٥ . ١ باب في أقسام الطلاق

قال المصنّف: **الطلاق على ثلاثة أوجه أحسن الطلاق وطلاق السُنة[1] وطلاق البدعة. فأحسن الطلاق أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتّى تنقضي عدّتها.**

لما روي عن إبراهيم النخعي أن أصحاب النبي ﷺ كانوا يستحبّون ذلك. ويعدونه أحسن. ولأنّه أبعد من الندامة وأقلّ ضرراً بالمرأة. ولأنّ الطلاق مرخّص فيه لقوله ﷺ « **أبغض المباحات عند الله تعالى الطلاق** »[2] وإنّما شرع لما ذكرنا من الحاجة. والحاجة تندفع بالواحدة. وإنّما شرط أن يكون في الطهر. لأنّه زمان الرغبة إليها. فتكون لحكمة الخلاص لا للنفرة عنها واحترازاً عن تطويل العدّة. لأنّه لا يعتدّ بالحيضة الّتي يقع فيها الطلاق. وإنّما شرط أن لا يجامعها في ذلك الطهر. إذ لو جامعها ربما تحبل منه فيفوت الملك بالطلاق عليه مع بقاء المؤنة.

٣٥ . ١ . ١ فصل في طلاق السُنّة

قال: **فطلاق السُنّة أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار.**

وقال مالك لا يباح إلا واحدة لما مرّ أنّه رخصة. فيتقدّر بقدر الحاجة. ولنا ما روي [٣٠٥/أ] في حديث ابن عمر رضي الله عنهما « **أن من السُنة أن يستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكلّ طهر تطليقة** »[3] ولأنّ الحكم بدار على دليل الحاجة. وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدّد الرغبة وهو الطهر. والحاجة

---

[1] باب طلاق السنة أي الطلاق المسنون ويقال له الطلاق السني والمراد بالمسنون ههنا المباح لأن الطلاق ليس عبادة في نفسها يثبت له ثوابا فمعنى المسنون ما ثبت على وجه لا يستوجب عقابا. نعم يثاب إذا وقعت له داعية إلى أن يطلقها عقيب الجماع أو حائضا أو ثلاث تطليقات فمنع نفسه إلى الطريق الآخر والواحدة لكن لا على الطلاق بل على كف نفسه عن ذلك الإيقاع. كذا أفاده ابن الهمام. وقال القاري لا يبعد أن يقال السنة جاءت في اللغة بمعنى الحكم والأمر فالمراد الطلاق الذي حكم الشارع وأمر أن يقع على وفقه أو السني على معناه الشرعي. والطلاق وإن كان مباحا في نفسه إلا أنه إذا أوقعه على هذا الوجه يكون مثابا. الموطأ ٤٧٤/٢.

[2] أبو داود السنن **"طلاق"** ٣؛ ابن ماجه السنن **"طلاق"** ١؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ١٨٧/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٢٢/٧.

[3] البخاري الصحيح **"طلاق"** ١؛ مسلم الصحيح **"طلاق"** ١؛ أبو داود السنن **"طلاق"** ٤؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ١؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٣٠/٧؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢١٥/٣؛ الدارقطني السنن ٣١/٤.

كالمتكرّر نظراً إلى دليلها. **ه**[1] ثم قبل الأوّل أن يؤخّر الإيقاع إلى آخر الطهر تحرّزاً عن تطويل العدّة. والأظهر أنّه يطلّقها كما طهرت. لأنّه ربما يواقعها فيبتلي بالإيقاع عقيب الوقاع.

٢.١.٣٥ فصل في طلاق البدعة

قال: **وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد. فإن فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه وكان عاصياً.**

وقال الشافعي يحلّ لأنّ الثلاث ملكه واستيفاء ملكه مباح. ولنا ما مرّ في وجه مالك. وحديث أبن عمر ﵄. ولأنّه روي عن ابن عمر ﵄ طلق امرأته في حالة الحيض فقال ﷺ لعمر ﵁ « **إن ابنَك أخطأ السُنةَ فليراجعْها ليطلقها إن شاء طاهراً من غير جماع أو حاملاً استبانَ حملُها فتلك العدّة الّتي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساءُ** »[2] وروي أن ابن عمر ﵄ قال لرسول الله ﷺ « **أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكانت تحلّ لي فقال بل بانت منك في معصية** »[3] وكذا إيقاع الثنتين في طهر واحد بدعة لما مرّ. وفي الواحدة البائنة روايتان. **نج**[4] والتي خلا بها الزوج في الطلاق السني كالمدخول بها. **شط**[5] قالت الزيدية[6] من الشيعية بإرسال الثلاث لا يقع إلا واحدة. وقالت الإمامية[7] لا يقع شيء. **شبز**[1] لا يقع بشيء في قول

---

[1] ه : هداية

[2] البخاري الصحيح **"طلاق"** ١؛ مسلم الصحيح **"طلاق"** ١؛ أبو داود السنن **"طلاق"** ٤؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ١؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢١٥/٣.

[3] الطبراني **"مسند الشاميين"** ٣٥٤/٣؛ الهيثمي **"مجمع الزوائد"** ٦١٨/٤.

[4] نج : نجم الأئمة الحكيمي

[5] شط : شرح الطحاوي

[6] الزيدية هم طائفة دينية إسلامية متفرعة عن الشيعة ويعتبرون أقلية بينهم معظمهم في اليمن اليوم وتواجدوا سابقاً في نجد وشمال أفريقيا وحول بحر قزوين وتسمى أحيانا بالهادوية ولكنها تسمية خاصّة بفرع فقهي داخل الزيدية نسبة للإمام الهادي إلى الحق يحيى بن الحسين تنقسم الزيدية في اليمن الى اربعة مذاهب الهادوية والسالمية والجارودية والصالحية لكن المذهب السائد هو الهادوية. الزيدية فرقة من فرق الشيعة وكلمة شيعة في مدلولها العام اليوم تشير الى الشيعة إثنا عشرية لإنهم أكبر طوائف الشيعة ولكنها في السابق كانت تشير إلى شيعة علي بن أبي طالب بشكل عام في مقابل شيعة معاوية بن أبي سفيان وبقيت الصفة ملازمة لشيعة علي واندثرت عن الآخرين وكلمة شيعة في اللغة تعني الأنصار أو الفرقة يتفقون مع غالب الشيعة على الأئمة الخمسة الأوائل إلى الإمام زيد بن علي ولذلك يسمون بالمخمسة في مقابل السبعية وهم الإسماعيلية والإثنا عشريةالذين يؤمنون بوجود إثنا عشر إمام بعد النبي محمد لا يؤمنون بالعصمة باستثناء للأئمة الثلاث الأولين وهم علي بن أبي طالب والحسن والحسين بالإضافة لإيمانهم بعصمة النبي محمد يرفضون مبدأ الغيبة وتوارث الإمامة ويؤمنون أن كل من تتوفر فيه شروط الإمامة بإمكانه الخروج ومواجهة مايعتبرونه ظلما شروط الإمامة عندهم أن يكون عالماً في الشؤون الدينية لا يعاني من عيوب جسدية ومن سلالة النبي محمد لديهم موقف أقل راديكالية اتجاه الخلفاء الراشدينعلى خلاف باقي الشيعة يؤمنون كسائر الشيعة أن علي بن أبي طالب كان أحق بخلافة النبي محمد ويعتبرون أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب مغتصبين لما يرونه حقا شرعيا لعلي بن ابي طالب ولكنهم لا يعتبرونهم مذنبين ويتمسكون بموقف أكثر تسامحا اتجاههم من الشيعة الجعفرية لا يعارضون الصلاة خلف إمام من السنة لا يقرون زواج المتعة ولا يمارسون التقية.

[7] الإمامية اسم يطلق على طوائف الشيعة التي تؤمن بأن إمامة المسلمين تأتي نصّاً لكل إمام من الإمام المعصوم من أئمة أهل البيت السابق له، فيخالفون بذلك طوائف أخرى الزيدية التي لا تشترط أن يكون الإمام من البيت. يسمون أيضا بالجعفرية لاتفاقهم على الأئمة الستة الأوائل ويفترقون

المريسي. **شب**[2] قال بعض أصحاب الظواهر تقع واحدة. وروي أن الثلاث كانت واحدة في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر رضي الله عنه وصدر إمامة عمر رضي الله عنه. فلما كثر ذلك جعلها ثلاثاً. قال مالك وداود تقع واحدة. وفي آداب القاضي على قول أهل الزيغ[3] لا تقع. وعلى قول حسن البصري تقع واحدة. **جع**[4] عن الحكم وابن المسيّب وعدة من التابعين تقع واحدة بنية. وفي الكشّاف عن ابن المسيّب وعدة من التابعين لا تقع شيء. وفي تفسير القاضي وكثير من أهل البيت ذهب إلى أنّه تقع واحدة. وقال محمد بن إسحق تقع واحدة لحديث ابن عبّاس رضي الله عنهما طلق ركانة[5] رضي الله عنه امرأته ثلاثاً فحزن وأخبر به رسول الله ﷺ فقال « **ثلاثاً في مجلس واحد فقال نعم فقال إنّما تلك واحدة فراجعها إن شئت فراجعها** »[6] وفي تفسير الكلبي[7] وأما ما عليه الأمة فوقوع الثلاث جملة. **شق**[8] وهذا الاختلاف غير معتد به حتّى لا يسع للقاضي أن يقضي به. ولو قضى لا ينفذ حكمه. **جش**[9] ولو رفع هذا القضاء إلى قاض لا يراه جائزاً أبطله. **شط**[10] ولم يجعل أصحابنا قول من نفى الوقوع [٣٠٥/ب] خلافاً. لأنّهم أوجبوا الحدّ على من وطئها في العدّة.

قال: **والسُنة في الطلاق من وجهين سُنة في الوقت وسُنة في العدد. فالسُنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها.**

من بعد الإمام السادس جعفر الصادق إلى فرق عديدة بسبب اختلافهم على الإمام التالي. ويسميهم بعض خصومهم بالرافضة أو الروافض. يعد جعفر بن محمد الصادق وهو الامام السادس عند الشيعة من أكثر المسهمين في علوم الشيعة من الفقه والاصول والعقائد حيث كان مدرسته في المدينة المنورة انذاك مقصدا لكثير من العلماء ونذكر من الدارسين عنده أبو حنيفة النعمان مؤسس المذهب الحنفي وكانت مقولته الشهيرة لولا السنتان لهلك النعمان دلالة على مدة التي قضاها في دراسته عند جعفر بن محمد الصادق الشيخ الطوسي الشيخ المفيد آقا بن عابد بن رمضان بن زاهد الشيرواني الحائري الدربندي المولود سنة ١٢٠٨ هـ وتوفي عام ١٢٨٥ هـ الموافق ١٨٦٨ م الشيخ محمد صالح البرغاني الحائري المتوفي سنة ١٢١٧ هـ ومن المعاصرين محمد باقر الصدر وهو مؤلف وفيلسوف كبير ومن مؤلفاته اقتصادنا فلسفتنا البنك الاربوي وهونظام البنوك الإسلامية حاليا.

[1] شبز : شرح بزدوي

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] قال قتادة أهل الزيغ المتبعون للمتشابه منه هم الحرورية والسبئية. الجصاص أحكام القرآن ٣٧٩/٣.

[4] جع : جمع العلوم للبقالي

الفيل. طبقات ابن خياط ٩/١.

[6] البيهقي "السنن الكبرى"

الزركلي الأعلام ٣٧/١.

[8] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[9] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[10] شط : شرح الطحاوي

وهي أن تكون واحدة. لما مرّ.

قال: **والسُنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة. وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه.**

لما مرّ.

قال: **وغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض.**

لخلوّه عن مفسدة تطويل العدّة.

قال: **وإن كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها للسُنة طلقها واحدة. فإذا مضى شهر طلقها أخرى. فإذا مضى شهر طلقها أخرى.**

لأن الشهر أقيم في حقّها مقام الحيض. قال الله تعالى ﴿ **والللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن** ﴾[1] ه[2] ثمّ إن كان الطلاق في أول الشهر يعتبر الشهور بالأهلّة. وإن كان في وسطه فبالأيّام في حقّ التفريق. وفي حقّ العدّة كذلك عند أبي حنيفة. وعندهما يكمل الأوّل بالأخير ثلاثين والمتوسّطان[3] بالأهلة. وهي مسألة الإجارة.[4]

قال: **ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان.**

وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض. ولنا أن كراهته في ذوات الأقراء باعتبار الحبل. وإنه منتفٍ في الصغيرة والآيسة.

قال: **وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع.**

لأنّه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدّة.

قال: **ويطلقها للسُنة ثلاثاً يفصل بين كلّ تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر[5] لا يطلقها للسُنة إلا واحدة.**

لأنّ الثلاث مرخّص فيه بشرط أن يفصل بين كلّ طلاقين تفصل من فصول العدّة وعدّتها فصل واحد كالممتدّ[6] طهرها. ولنا أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في الآيسة والصغيرة. لأنّه زمان

---

[1] الطلاق ٦٥/٤
[2] ه : هداية
[3] ف : الإجارات
[4] ف : والمتوسّطات
[5] ف : – وزفر
[6] ف، ق : كالممتدة

تجدد الرغبة إليها على ما عليه الطباع السليمة فصلح علماً ودليلاً عليه بخلاف الممتدّ طهرها. لأنّ العلم في حقّها الطهر والحيض مرجو ولا كذلك في الحامل. ولأنّ الحمل مدّة العدّة فجاز تفريقها فيها كسائر المدد.[1]

قال: **وإذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق.**

لقوله ﷺ « **كلّ طلاق واقع** »[2] ولأنّ النهي فيه لغيره فلا يمنع حكمه.

قال: **ويستحبّ له أن يراجعها فإذا طهرت وحاضت وطهرت فهو مخير[3] فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها.** هـ[4]

ثم استحباب المراجعة قول البعض.[5] والأصحّ أنّه واجب [٣٠٦/أ] لقوله ﷺ لعمر رضي الله عنه حين[6] طلق ابنه امرأته في الحيض « **مر ابنك فليراجعها** »[7] ورفعاً للمعصية برفع أثره بقدر الممكن ودفعاً لضرر تطويل العدّة. وذكر الطحاوي أنّه يطلقها في الطهر الذي يلي هذه الحيضة. والمذكور هنا جواب الأصل. قال أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة. وما ذكر في الأصل قولهما. ووجهه أن السُنة أن يفصل بين كلّ طلاقين بحيضة كاملة فيشترط مضي الحيضة الثانية وجه ما ذكره الطحاوي أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأن لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه. جس[8] شص[9] لا بأس بالتخير والاختيار في الحيض. وإذا أدركت الصبية فاختارت نفسها فلا بأس للقاضي أن يفرق بينهما في الحيض فحينئذ شب[10] الخُلع في الحيض لا يكره.

---

[1] ... الحبل. الهداية ١/٢٢٨.

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢٢١؛ العسقلاني "**الدراية**" ٢/٦٩.

[3] ف، ق : – فهو مخير

[4] ...

[5] ... الممكن. اللباب ١/٢٦٧.

[6] ف : حيث

[7] البخاري الصحيح "**طلاق**" ١؛ مسلم الصحيح "**طلاق**" ١؛ أبو داود السنن "**طلاق**" ٤؛ النسائي السنن الكبرى "**طلاق**" ١؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢١٥.

[8] جس : أجناس الناطفي

[9] شص : شرح الصباغي

[10] شب : شرح بكر خواهر زاده

قال: **ويقع طلاق كلّ زوج إذا كان بالغاً عاقلاً. ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم.**[1]

لقوله ﷺ « **كلّ طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه** »[2] وقوله ﷺ « **وعن النائم حتّى يستيقظ** »[3]

قال: **وإذا**[4] **طلق العبد وقع الطلاق. ولا يقع طلاق مولاه على امرأته.**

لأن ملك المتعة له لا لمولاه فكان إزالته إليه لا إلى مولاه.

---

[1] الترمذي السنن "**طلاق**" ١٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٧٤/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٥٩/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢١٨/٣.

[2] الترمذي السنن "**طلاق**" ١٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٧٤/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٥٩/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢١٨/٣.

[3] أبو داود السنن "**حدود**" ١٧؛ الترمذي السنن "**حدود**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**طلاق**" ٢١؛ ابن ماجه السنن "**طلاق**" ١٥.

[4] ف، ق : + تزوج العبد ثم



٣٥. ٢ باب إيقاع الطلاق

٣٥. ٢. ١ فصل في الطلاق صريحا وكناية

قال: **والطلاق على ضربين صريح وكناية. فالصريح قوله "أنت طالق ومطلّقة وطلقتك" فهذا تقع به الطلاق الرجعي.**

لأن هذه الألفاظ يُستعمل في الطلاق دون غيره فكان صريحاً. وإنه يعقب الرجعة لقوله تعالى في المطلقات ﴿ وبُعولتُهن أحقّ بردّهنّ ﴾[١]

قال: **ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك. ولا يفتقر إلى النية**[٢]

وقال الشافعي يقع ما نوى. لأنّه يحتمله لتضمن الفعل واسم الفاعل والمفعول المصدر. ولهذا يصحّ قران العدد به ينتصب على التميز. ولنا أنّه نعت فرد حتّى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق والفرد ينافي العدد. لأنّه ضده. وذكر الطالق ذكر الطلاق هو صفة المرأة لا لطلاق هو تطليق كامرأة عدل ورجل صوم. وإن نوى به البائن فرجعي. لأنّه قصد تنجيز ما علقه الشرع بمضي العدّة فبطل. وإن نوى الطلاق عن وثاق يصدق ديانة لا قضاءً. وإن نوى الإطلاق عن العمل لا يصدق ديانة وقضاءً. وأما العدد فهو نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً كقوله أعطيته جزيلاً.

قال: **وقوله "أنت الطلاق وأنت طالق الطلاق وأنت طالق طلاقًا" إن لم يكن له نيّة فهي واحدة رجعية. وإن نوى به** [٣٠٦/ب] **ثلاثاً كان ثلاثاً.**

لأن المصدر اسم جنس. وله خصوص وعموم تتناول الأدنى. ويحتمل الكلّ فعند عرائه عن النّيّة يثبت التيقن. وإذا نوى الثلاث صحّ لاحتماله العموم. وفيه تغليظ على نفسه. ولا يصحّ نيّة الثنتين فيقع واحدة. وقاله زفر يصحّ. لأنّه بعض الثلاث فلما صحّ نيّة الثلاث صحّ نيّة الثنتين. ولنا أن نيّة الثلاث إنّما

---

١ البقرة ٢٢٨/٢

٢ ف، ق : - ولا يفتقر إلى النية

صحّت باعتبار الجنسية دون العدد حتّى لو كانت أمَة يصحّ نيّة الثنتين واللفظ لا يحتمل العدد. لأنّ معنى التوحّد مرعي في ألفاظ الوحدان. وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منهما. هـ[1] ولو قال "أنت طالق الطلاق" وقال "أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى" يصدق. لأنّ كلّ واحد منهما صالح للإيقاع.

٣٥. ٢. ٢ فصل في الكنايات

قال: **والضرب الثاني الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بنيّة أو دلالة حال.**

لأنّه يحتمل الطلاق وغيره. فلا يتعيّن الطلاق إلا بدليل.

قال: **وهي على ضربين. منها ثلاثة ألفاظ يقع بها طلاق رجعي. ولا يقع بها إلا واحدة. وهي قوله "اعتدّي واستبري رحمكِ وأنتِ واحدة."**

أما الأولى فلأنّه يحتمل الاعتداد عن النكاح واعتداد نعم الله تعالى. فإن نوى الأوّل تعين وأن يقتضي طلاقاً سابقاً والطلاق تعقب الرجعة. وأما الثانية فلأنّها تحتمل المقصود من الاعتداد فيجعل عبارة عنه. ويحتمل الاستبراء ليطلقها. وأما الثالثة فلأنّها تحتمل نعتاً لمصدر محذوف أي تطليقة واحدة. ويحتمل أنّها واحدة في الجمال. وعنده أو عند قومه. وإذا نواه فكأنّه قال تطليقة واحدة. وهي معقبة للرجعة. وإنّما لا تقع إلا واحدة. أما في الأولين لأنّ قوله "أنت طالق" فيهما مضمر. ولو أظهره لا تقع إلا واحدة. فهذا أولى. وأما في قوله "واحدة" فظاهر. لأنّ صفة الوحدة تنافي المثنى والثلاث. قيل هذا إذا لم يرفع لفظه واحدة لا تكون صفة لشخصها حينئذ. والأصحّ أن الجواب في الكلّ واحد. لأنّ العوام لا يميزون بين إعراب وإعراب.[2]

قال: **وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة. وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً. وإن نوى ثنتين كانت واحدة. وهذا مثل قوله "أنت بائن وبتة وبتلة وحرام و« حبلُك على غاربِك »[3] وألحقي بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأنت حرّة وتقنعي واستبرئي واعربي**

... والخصومة. بدائع الصنائع ٣/١٠٦.

٣ مالك الموطا "**طلاق**" ٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٦/٣٦٩؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤/٧٨؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧/٣٤٣.

وابتغي الأزواج." فإن لم يكن له نيّة لم يقع بهذه الألفاظ طلاق إلا أن يكونا في مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء. ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه. [٣٠٧/أ]

لأنّ هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره. فلا يتعيّن الطلاق إلا بنيّة أو دلالة حال ومذاكرة الطلاق دليل عليه فيقع قضاءً ولا يقع ديانةً لجواز إرادة غيره.

قال: **وإن لم يكونا في مذاكرة الطلاق وكانا في غضب أو[١] خصومة وقع الطلاق بكلّ لفظ لا يقصد به السبّ والشتيمة.**

لدلالة الغضب عليه.

قال: **ولا يقع فيما يقصد به السبّ والشتيمة إلا أن ينويه**

لعدم اختصاص الغضب بأحدهما على التعيين. ه[٢] المصنّف سوى بين هذه الألفاظ. وهذا فيما لا يصلح رداً. والجملة فيه أن الأحوال ثلاثة حالة مطلّقة. وهي حالة الرضا. وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب.

٣٥. ٢. ٣ فصل في أقسام الكنايات

والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جواباً وردّاً وما يصلح جواباً وردّاً وما يصلح جواباً ويصلح سبّاً وشتيمةً. ففي حال الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية. والقول له في إنكار النّيّة وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدّق فيما يصلح جواباً ولا يصحّ ردّاً في القضاء مثل قوله "خلية، برية، بائن، بتة، بتلة، حرام، اعتدّي، أمرك بيدك، اختاري." لأنّ الظاهر إرادة الطلاق عند سؤال الطلاق. ويصدّق فيما يصلح جواباً وردّاً مثل قوله "اخرجي، اذهبي قومي، تقنعي، تخمري" وما يجري مجراها. لأنّه احتمل الرد. وهو الأدنى فحمل عليه. وفي حال الغضب تصدق في جميع ذلك لاحتمال الردّ والسبّ إلا فيما يصلح للطلاق. ولا يصلح للردّ والشتم كقوله "اعتدّي واختاري وأمرك بيدك." فإنه لا يصدق فيها. لأنّ الغضب يدلّ على إرادة الطلاق. وعن أبي يوسف في قوله "لا ملك لي عليكِ، لا سبيل لي عليكِ وخليت سبيلكِ وفارقتكِ." شط[٣] "وسرحتكِ وألحقي بأهلكِ" أنّه يصدق في حالة الغضب لما فيه من احتمال الشتم.

---

[١] ف : + في

[٢] ه : هداية

[٣] شط : شرح الطحاوي

قلت قال أصحابنا المتأخّرون "الحلال عليّ حرام وأنتِ حرام وحلال الله عليّ حرام وكل حلّ عليّ حرام" طلاق بائن. ولا يفتقر إلى النيّة بالعرف حتّى قال في **قب**[1] "كلّ حلال عليّ حرام" إن نوى عيناً فهو عين. ولا تدخل امرأته إلا بالنّيّة. فإن لم ينوها فهو على المأكول والمشروب. قال مشايخ بلخ إن محمداً إنّما أجاب على عرف ديارهم. أما في عرف بلادنا يريدون تحريم المنكوحة فيُحمل عليه.

قلت ومشايخ خوارزم من المتقدمين والمتأخّرين كانوا يفتون بأن لفظ التسريح[2] بمنزلة الصريح تقع به طلاق رجعي بدون النّيّة. **جش**[3] صدر القضاة في شرح الجامع الصغير كلّ شيء ذكرت لك إذا قال "لم أنوِ الطلاق" فعليه اليمين. [٣٠٧/ب] إن ادّعت الطلاق وإن لم تدع يحلف أيضاً حقاً لله تعالى. **ن**[4] قال أبو نصر قلت لمحمد بن سلمة أتحلفه الحاكم أم هي تحلفه. قال يكتفي بتحليفها إياه في منزله. **ث**[5] إذا حلفته فحلف فهي امرأته. وإلا رافعته إلى القاضي. فإن نكل عن اليمين عنده فرق بينهما صغرى طلق المدخول بها ثمّ قال في العدّة "عينت تلك التطليقة بائنة" أو قال "جعلتها ثلاثاً." فعند أبي يوسف يكون بائناً ولا تكون ثلاثاً. وعند محمد لا تكون بائناً ولا ثلاثاً. وعند أبي حنيفة يكون بائناً وثلاثاً. **جش**[6] **م**[7] قال لها "أنتِ طالق بائن وبائن وبائن" مريداً بكلّ واحدة منها طلاقاً وقع الأولى وبطل الأخريان. ولو قال "أنت بائن، أنت طالق بائن" إن أراد بالأوّل الطلاق فهي ثلاث. ولو قال "أنت عليّ حرام" مرّتين إن نوى الطلاق طلقت ثنتين. وكذا لو قال "اغربي أو تقنعي" مرتين. ولو قال "إن دخلتِ الدار فأنتِ بائن وبائن وبائن" مريداً بها الطلاق فثلاث إذا دخلت. وعن محمد "اذهبي ألف مرّة" مريداً به الطلاق فهي الثلاث. **ظم**[8] "أنت حرام ألف مرّة" تقع واحدة.

قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقع فيما مرّ إلا واحدة.[9] **شت**[10] "إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام" وله أربع نسوة وفعل يقع على واحدة وعليه الأكثر. وقيل طلقن جميعاً.

قلت ثمّ الكنايات كلّها بوائن عندنا إلا الثلاثة المذكورة. وعند الشافعي رواجع. لأنّها لا يفصل على الصريح والصريح رجعي. فالكناية أولى. ولنا أنّه من أهل الإبانة واللفظ لفظ الإبانة والمحل قابل

---

[1] قب : قاضي بديع
[2] مثل سرحتك وأنت السراح.
[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[4] ن : النوازل
[5] ث : أبو الليث
[6] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[7] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[8] ظم : ظهير الدين المرغيناني
[9] ق : - فعلى هذا ينبغي أن لا يقع فيما مرّ إلا واحدة
[10] شت : شرح الزيادات

للبينونة فتبين كالخُلع. وإنّما يصحّ نيّة الثلاث. لأنّ البينونة خفيفة وغليظة. فأيّتهما نوى صحّت. وإن نوى الثنتين لا يصحّ. لأنّ اللفظ لا يحتمل العدد خلافاً لزفر على ما مرّ.

قال: **وإذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدّة كان بائناً. مثل أن يقول "أنتِ طالق بائن أو طالق أشدّ الطلاق أو أفحش الطلاق وطلاق الشيطان والبدعة وكالجبل وملأ البيت."**

لأنّه وصف الطلاق بوصف زائد. والزائد هو البينونة. لأنّها تنفصل عن أصل الطلاق. هـ[1] ثم الأصل عند أبي حنيفة أنّه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر. نحو قوله "أنت طالق كرأس الإبرة." لأنّ التشبيه يقتضي زيادة وصف. وعند أبي يوسف إن ذكر العظم تكون بائناً. وإلاّ فلا أيّ شيء كان المشبه به كقوله "مثل عظم رأس الإبرة." لأنّ التشبيه قد يكون في التوحيد. أما العظم فلا. وعند زفر إن كان المشبه به [٣٠٨/أ] مما يوصف بالعظم عند الناس كالجبل يقع بائناً وإلا فرجعي. وقيل محمد مع أبي حنيفة. وقيل مع أبي يوسف. ولو قال "تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة" فبائن. وعن أبي يوسف أنّه رجعي. لأنّ هذا الوصف لا يليق به فيلغوا ولنا ما مرّ.

قال: **وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبّر به عن الجملة وقع الطلاق. مثل أن يقول "أنتِ طالق أو رقبتكِ طالق أو عنقكِ أو فرجكِ أو بدنكِ أو جسدكِ أو روحكِ أو وجهكِ."**

لأنّه يعبّر بهذه الألفاظ عن جميع البدن. أما الجسد والبدن فظاهر. وأما غيرهما[2] فكذلك قال الله تعالى ﴿ **فتحرير رقبة** ﴾[3] وقال تعالى ﴿ **فظلّت أعناقُهم لها خاضعين** ﴾[4] وقال ﷺ « **لعن الله الفروجَ على السُّروج** »[5] ويقال "فلان رأس القوم ووجه العرب وهلك روحه" أي نفسه. والدم من هذا القبيل في رواية. يقال "هدر دمه" أي نفسه.

قال: **وكذلك إن طلّق جزأ شائعاً منها مثل أن يقول "نصفكِ أو ثلثكِ."**

لأن الجزء الشائع محلّ السائر التصرّفات كالبيع. فكذا للطلاق. لكن الطلاق لا يتجزّئ فثبت في الكلّ ضرورة.

قال: **وإن قال "يدكِ أو رجلكِ طالق" لا يقع.**

---

[1] ه : هداية
[2] ف، ق : غيرها
[3] النساء ٤/٩٢
[4] الشعراء ٢٦/٤
[5] الزيلعي **"نصب الراية"** ٣/٢٢٢.

وقال زفر والشافعي تقع. وهكذا في كلّ جزأ لا يعتبر به عن البدن. لأنّه جزء مستمتع بالنكاح. فيكون محلاً لحكم النكاح. فيكون محلاً لحكم الطلاق. لأنّه وضع لإزالة قيد النكاح. وإذا كان محلاً لحكم يثبت فيه قضية للإضافة ثمّ يسري إلى الكلّ كما في الجزء الشائع. ولنا أنّه أضاف الطلاق إلى غير محلّه فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها أو هذا لأنّ محلّ الطلاق هو محلّ قيد النكاح. ولا قيد في اليد. ولهذا لا يصحّ إضافة النكاح إليه بخلاف الجزء الشائع. لأنّه يصحّ إضافة النكاح إليه عندنا. **ه**[1] واختلف في الظهر والبطن. والأصحّ أنّه لا يصحّ. لأنّه لا يعبّر بهما عن جميع البدن. **شق**[2] ولو قال "رأسكِ طالق" مريداً به العضو دون الجملة لم يقع.

قال: **وإن طلّقها نصف تطليقة أو ثُلث تطليقة كانت طالقاً تطليقة واحدة.**

لأن الطلاق لا يتجزّئ. فكان ذكر بعضه كذكر كلّه. وهكذا في كلّ جزء سماه. ولو قال "أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين" فهي ثلاث. ولو قال "تطليقة" فثنتان. وقيل ثلاث. ولو قال لامرأتيه "بينكما تطليقة" وقعت على كلّ واحدة كاملة. ولو قال لأربع نسوة "بينكنّ تطليقتان" وقعت على كلّ واحدة تطليقة. ولو أراد قسمة كلّ تطليقة بينهنّ وقعت على كلّ واحدة تطليقتان. [٣٠٨/ب] لأنّه غلظ على نفسه.

٣٥. ٢. ٤ فصل في طلاق المكره والسكران

قال: **وطلاق المكره والسكران واقع.**

أما المكرَه فمذهبنا. وقال الشافعي لا يقع لقوله ﷺ « **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** »[3] ولنا ما مرّ. وما روي صفوان بن عمر الطائي رضي الله عنه أن امرأة جلست على صدر زوجها ووضعت السكين على حلقه فقالت لأذبحنّكِ أو لتطلقني ثلاثاً فناشدها الله فأبت عليه فطلقها ثلاثاً.[4] فذكر

---

[1] ه : هداية

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] ابن ماجه السنن **"طلاق" ١٦**؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف" ٨٢/٤**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٨٤/٦**؛ الطبراني **"الأوسط" ٩٧/٢** بلفظ "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"

ذلك للنبي ﷺ فقال « **لا قيلولة في الطلاق** »[1] ولأنّ أثر الإكراه في فقد الرضا. وإنه لا يمنع الوقوع كطلاق الهازل. وأما الحديث فالمراد به رفع المأثم. **شق**[2] وأما السكران فقال أصحابنا يقع. واختيار أبي الحسن أنّه لا يقع. وهو قول الطحاوي وأحد قولي الشافعي اعتباراً بالمبنج أي الذي سُقي البنج في الدواء.[3] ولنا أنّه مكلّف لوجوب حدّ القذف عليه والقود بالإجماع. وطلاق المكلّف واقع كالهازل. وأما المبنج فليس بعاص فيه بخلاف السكران.

قال: **ويقع الطلاق إذا قال "نويت به الطلاق."**

قلت وقد اختلف نسخ المختصر والشروح له. ففي أعمّها لم يذكر هذه الزيادة. وفي بعضها ذكرت لكن بألفاظ مختلفة ففي شرح السرخسي لمختصر القدوري وطلاق المكره والسكران واقع إذا قال "نويت به الطلاق." وفي **شق**[4] ويقع الطلاق إذا قال "نويت به الطلاق." ثمّ قال أبو نصر الأقطع وليس هذا مذهب أصحابنا. ولعلّ صاحب الكتاب كان قوي عنده مذهب أبي الحسن في أنّه لا يقع طلاقه. فإذا قال "نويت به الطلاق" صُدّق بالإجماع. وفي بعض النسخ ويقع الطلاق بقوله "أنت حرّة" إذا قال "نويت به الطلاق."

قلت وإنه حسن وتقرير لمذهب أصحابنا إن صريح طلاق السكران وكنايته إذا اقترنت بها النّيّة معتبر وواقع ومحصول. ما قاله السرخسي وأبو نصر الأقطع واحد وعذره حسن. ولكن ترك الزيادة أو ذكرها على الوجه الأخير أقيس وأليق بمذهب أصحابنا. والله أعلم.[5] **جس**[6] ارتدّ السكران لم تبن امرأته منه. **خك**[7] شرب الخمر فصدع عنه فزال عقله بالصُداع مطلق وقع عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد. **جع**[8] سكر

---

١ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢١٨.

٢ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[illegible]

الإغماء. المبسوط ٦/١٧٦.

٤ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٥ ف : – والله أعلم

٦ جس : أجناس الناطفي

٧ خك : خلاصة الأكمل

٨ جع : جمع العلوم للبقالي

الوكيل فطلق لا يقع. لأنّ ضرره يرجع إلى الموكل و لم يجن. شص[1] سكر لا بفعل محظور بأن أكره على شرب الخمر فحكمه في التصرّفات حكم المجنون بلا خلاف. شب[2] السكران الذي يصحّ منه التصرّفات أن يصير بحال يستحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنونه. لكن يعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء. وأما السكر الموجب للحدّ أن لا يعرف ذلك أيضاً فلا جرم[3] لا تصحّ تصرفاته. وفي [٣٠٩/أ] جمل الفقه يجوز أفعال السكران من الطلاق والعتاق والنكاح والبيع والشراء ويلزمه الجنايات ما جنى وما جُني عليه وأداء الفرائض من الطهارات والصلوات والصيام والحج والزكاة جائز عنه إذا وضعه موضعه وهو سكران وأدى ما أمر به وصاياه جائزة من الثلث. شط[4] ذكر الاختلاف في المتخذ من الحبوب والحلاوات ثمّ قال ونفاذ تصرفاته على حسب الاختلاف في إيجاب الحد.

قال: **ويقع طلاق الأخرس بالإشارة.**

لأنّه عاجز عن النطق فأقيمت الإشارة مقامه تيسيراً أو أنّه استحسان. والقياس أن لا يقع. لأنّها محتملة. شق[5] ويقع طلاق اللاعب والهازل ومن سبق لسانه إلى الطلاق من غير قصد وبالكتابة المستبينة. أما بعد يا فلانة إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق. وأما إذا كتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق و لم يسمّها لا يقع إلا بالنّيّة وبالكتابة على الماء والهواء والأرض إذا لم تستبن لا يقع شيء.

٣٥ . ٢ . ٥ فصل في إضافة الطلاق

قال: **وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول "إن تزوّجتكِ فأنتِ طالق أو كلّ امرأة أتزوّجها فهي طالق."**

وقال الشافعي لا يقع لقوله ﷺ « **لا طلاق قبل النكاح** »[6] وقياساً على ما إذا قال لأجنبية "إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق" ثمّ تزوّجها فدخلت الدار لا تطلق. ولنا قوله ﷺ « **كلّ طلاق واقع** »[7] ولأنّه يمين بالطلاق. لأنّه فيه ذكر شرط وجزاء فلا يشترط قيام الملك كسائر الأيمان. والفقه فيه أن الوقوع عند

---

[1] شص : شرح الصباغي
[2] شب : شرح بكر خواهر زاده
[3] ف : - فلا جرم
[4] شط : شرح الطحاوي
[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[6] البخاري الصحيح "**طلاق**" ٨؛ أبو داود السنن "**طلاق**" ٨؛ الترمذي السنن "**طلاق**" ٦؛ ابن ماجه السنن "**طلاق**" ١٧.
[7] الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٢١/٣؛ العسقلاني "**الدراية**" ٦٩/٢.

الشرط والملك ثمة متيقن به.[1] والتعليق يمنع التأثير. وإنه قائم بالمتصرف. والحديث محمول على نفي التنجيز بالنقل عن السلف كالزهري ومكحول والشعبي وإبراهيم النخعي وغيرهم.

قلت وقد ظفرت برواية عن محمد أنّه لا يقع. وبه كان يفتي كثير من أئمة خوارزم.

قال: **وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته "إن دخلت الدار فأنت طالق."**

لأن الملك قائم للحال فصحّ يميناً أو إيقاعاً.

قال: **ولا يصحّ إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيفه إلى ملك. فإن قال لأجنبية "إذا دخلت الدار فأنت طالق" ثمّ تزوّجها فدخلت الدار لم تطلق.**

لأنّه تصرف في المملوك فلا يصحّ بدونه.

قال: **وألفاظ[2] الشرط إن وإذا وإذا ما ومتى ومتى ما وكلّ وكلّما.**

لأن الشرط هي العلامة. وأشراط الساعة علاماقا. وهذه الألفاظ يليها أفعال هي علامة الحنث. ثمّ كلمة إن حرف شرط على الحقيقة. لأنّها وضعت له. وما [٣٠٩/ب] وراءها ملحق بها. وكلمة كلّ ليس لشرط حقيقة. لأنّ الشرط ما يتعلّق به الجزاء والأجزئة أفعال. وكل يدخل على الاسم دون الفعل. لكنّه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها كقولك "كلّ عبد اشتريته فهو حرّ."

قال: **وفي كل هذه الشروط إذا وجد الشرط انحلّت اليمين ووقع الطلاق إلا في كلّما. فإن الطلاق يتكرّر بتكرّر الشرط حتّى يقع ثلاث تطليقات. فإن تزوّجها بعد ذلك وتكرّر الشرط لم يقع شيء.**

لأن هذه الألفاظ سوى كلّما لا يقتضي العموم والتكرار فبوجود الفعل مرّة يتمّ الشرط فينتهي اليمين. لأنّه لإبقاء لليمين بدون الشرط إلا في كلّما. فإنه يقتضي تعميم الأفعال. قال تعالى ﴿ **كلّما**

حر. الجوهرة النيرة ١٣٦/٤.

نضِجت جلودُهم بدّلناهم جلوداً غيرَها ﴾[1] ومن ضرورة تعميمها التكرار. وإنّما لم يقع بعد الثلاث والتزوّج بزوج آخر شيء. لأنّه لما استوفي الطلقات الثلاث فقد استوفى المملوك بهذا النكاح فلم يبق الجزاء فلم يبق اليمين. لأنّ قيام اليمين بالشرط والجزاء.

قلت وفيما ذكر المصنّف تفصيل. وهو أن كلمة كلّما إذا دخلت على التزوّج تقع في كلّ مرّة. ولو إلى ثلاثين وثلثمائة فصاعداً. لأنّ هذا إضافة إلى سبب الملك. فلا يتقيّد اليمين بالمملوك. وإذا دخلت على سائر الأفعال الّتي ليست بملك. ولا سبب من أسباب الملك يتقيّد اليمين حينئذ بالمملوك فينتهي بانتهاء المملوك. وهذا هو التوفيق بين المذكور ههنا وبين المذكور في كثير من الكتب أنّه يقع في كلّ مرّة. لأنّ وضع المسألة ثمة فيما إذا دخلت كلّما على التزوّج. وفي مختصر القدوري محمول على سائر الشروط.

قال: **وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها.**

لأن اليمين يصحّ ابتداء مع عدم الملك ففي البقاء أولى.

قال: **فإن وجد الشرط في الملك انحلَّت اليمين ووقع الطلاق.**[2]

لوجود الشرط وقبول المحلّ للجزاء.

قال: **وإن وجد في غير ملك انحلَّت اليمين ولم يقع شيء.**

أما انحلالها فلوجود الشرط وعدم الجزاء لانعدام المحلية وصورته قال لامرأته "إن دخلت الدار فأنت طالق" ثمّ طلقها ودخلت الدار في العدّة انحلّت اليمين ووقع الطلاق. وإن دخلت بعد انقضاء عدّتها قبل التزوّج انحلت اليمين و لم يقع شيء. ولو دخلت بعد ما تزوّجها بعد العدّة يقع.

قال: **ولو اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة بيّنة على ذلك.**

لأنّه متمسّك بالأصل. وهو عدم الشرط.

قال: **فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قوله في حقّ [٣١٠/أ] نفسها. مثل**[1] **"إن حضْت فأنت طالق" فقالت "قد حضتُ" طُلقت.**

.١

وهذا استحسان. والقياس أن لا يقع. لأنّه شرط فأشبه الدخول. وجه الاستحسان أنّها أمينة في حقّ نفسها إذا لم يعلم ذلك إلا من جهتها كما في العدّة والغشيان[٢] إذا قالت أنا حائض.[٣]

قال: **وإن قال "إذا حضت فأنت طالق وفلانة" فقالت "حضت" طلقت هي ولم تطلق فلانة.**

لأنّها أمينة في حقّ نفسها شاهدة في حقّ غيرها بل متهمة فلا يقبل قولها كأحد الورثة إذا أقرّ بدين على الميّت وكذبه الباقون.[٤]

قال: **ولو قال "إذا حضتِ فأنتِ طالق" فرأت الدم لم تطلق حتّى يستمرّ الدم ثلاثة أيّام. فإذا تمّت ثلاثة أيّام حكمنا بالطلاق من حين حاضت.**

لأنّه تبين أن الدم من أوّله كان حيضا.

قال: **وإذا قال لها "إذا حضتِ حيضة فأنتِ طالق" لم تطلق حتّى تطهر من حيضها.**

لأن الحيضة اسم للكاملة. قال ﷺ « **ولا حائل حتّى تستبرئ بحيضة** »[٥]

٣٥ . ٢ . ٦ فصل في عدّة الطلاق

قال: **وطلاق الأمة تطليقتان حرّا كان زوجها أو عبداً. وطلاق الحرّة ثلاث حرّا كان زوجها أو عبداً.**

والجملة فيه أن الطلاق معتبر بالنساء عندنا. وكذا العدّة. وقال الشافعي[٦] معتبر بالرجال والعدّة بالنساء لقوله ﷺ « **الطلاق بالرجال والعدّة بالنساء** »[٧] ولأنّ الملك في الطلاق له فكان المعتبر حاله. ولنا قوله ﷺ « **طلاق الأمة تطليقتان وعدّتها حيضان** »[٨] رواه ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم ولأنّ الطلاق

---

١ ف، ق : + أن يقول

٢ الغشيان إتيان الرجل المرأة والفعل غشي يغشى وغشي المرأة غشيانا جامعها. كشاف اصطلاحات

[illegible]

والمبسوط. البحر الرائق ٢٢٥/١.

٤ ف، ق : الورثة

٥ مالك الموطا "**نكاح**" ٢١.

٦ ف، ق : + الطلاق

٧ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٦٨/٧؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٦١٢/٩.

٨ أبو داود السنن "**طلاق**" ٦؛ الترمذي السنن "**طلاق**" ٧؛ ابن ماجه السنن "طلاق" ٣٠.

يزيل الحلّ والحلّ في الحرّة أوسع. لأنّه إنّما يثبت شرفاً وكرامة. والحرّة أشرف من الأمة. وما رواه الخصم مطعون. لأنّه لم يذكره إلا القُطبي وقد طعن في حديثه.

قال: **وإذا طلّق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعت عليها.**

لأنّها نزلن جملة.

قال: **فإن فرق الثلاث عليها بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة.**

بأن قال "أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق." لأنّه لا ملك ولا عدّة وقت وجود الثانية والثالثة.

قال: **ولو قال "أنت طالق واحدة وواحدة" وقعت عليها واحدة.**

لما بيّنّا.

قال: **ولو قال لها "أنتِ طالق واحدة قبل واحد" أو قال "بعدها واحدة وقعت واحدة." وإن قال "أنتِ طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة أو مع واحدة أو معها واحدة" وقعت ثنتان.**

أما إذا قال مع واحدة أو معها واحدة فلأن كلمة مع للقران. فأما مسألة قبل وبعد فالأصل في ذلك أن كلمة الظرف متى دخل بين اسمين فإن لم يقرن بها الكناية كانت صفة للأول يقول جاءني زيد قبل عمرو فالقبلية [٣١٠/ب] فيها صفة لزيد. وإن قرنت بهاء الكنائية كانت صفة للثانية يقول جائني زيد قبله عمرو فالقبلية فيها صفة لعمرو. فإذا قال "أنت طالق واحدة قبل واحدة" فقد وقع الأولى قبل الثانية فبانت بها فلا تقع الثانية. ولو قال "بعدها واحدة" فكذلك. لأنّه وصف الثانية بالبعدية. ولو لم يصفها بها لم يقع فهذا أولى. وأما إذا قال "واحدة قبلها واحدة" تقع ثنتان. لأنّ إيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لامتناع الاستناد إلى الماضي فيقترنان فتقع ثنتان. وكذا في واحدة بعد واحدة. لأنّه جعل البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الثانية قبلها فكان إيقاعاً في الحال فيقترنان. هـ[1] وعن أبي يوسف في قوله "معها واحدة" تقع واحدة. لأنّ الكناية تستدعي سبق المكني عنه. ولنا أن المعينة تنافي السبق. وهذا كلّه قبل الدخول بها وفي المدخول بها تقع ثنتان في الكل.

قال: **وإن قال لها "إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة" فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة. وقالا تقع ثنتان.** هـ[2]

---

[1] ه : هداية

[2] ه : هداية

ولو قال لها "أنتِ طالق واحدة واحدة إن دخلت الدار" فدخلت وقعت ثنتان لهما. إن حرف الواو للجمع المطلق. فتعلقن بالدخول لجملة كما إذا قدم الجزاء. ولأبي حنيفة أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الترتيب لا تقع الثانية فلا تقع بالشك بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو أخر الشرط. لأنّه اتّصل بآخر الكلام ما تغيّر أوّله. وهو التعليق فيتوقّف الأوّل عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط. ه[1] ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف. ث[2] تقع[3] فيه واحدة بالاتّفاق. شق[4] ولو قال "إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ثمّ طالق ثمّ طالق" تعلق الأولى بالدخول. ثمّ إن كان مدخولاً بها وقعت الثانية والثالثة للحال. لأنّ ثمّ للتراخي فكأنّه سكت ثمّ قال "أنتِ طالق" وإن كانت غير مدخول بها وقعت الثانية للحال دون الثالثة وقالا إن كانت مدخولاً بها وقع الثلاث. لأنّه للعطف كالواو وإلا فواحدة.

قال: **وإذا قال لها "أنت طالق بمكة" فهي طالق في كلّ البلاد.**

وكذلك "أنتِ طالق في الدار." لأنّه ينجز الطلاق وخصّه بمكان والطلاق لا يختصّ بمكان دون مكان فعم الأمكنة.

قال: **ولو قال "أنت طالق إذا دخلت مكة" لم تطلق حتّى تدخل مكة.**

لأنّه علقه بدخول مكّة فلا يقع قبله.

قال: **وإذا قال "أنت طالق غداً" وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر.**

لأنّه وصفها بالطالقية في جميع الغد. وذلك بوقوعه[5] [٣١١/أ] في الجزء الأوّل منه. ولو نوى به آخر النهار صُدق ديانة لا قضاءً. لأنّه محتمل. لكنّه خلاف الظاهر بخلاف ما إذا قال "أنتِ طالق في الغد" ونوى آخر النهار فيصدق قضاء أيضاً عند أبي حنيفة. لأنّ كلمة في تقتضي الظرفية لا الاستيعاب بخلاف قوله غداً. لأنّه للاستيعاب. كأنه وصفها بهذه الصفة مضافاً إلى جميع الغد. ه[6] ونظيرهما قوله "والله لأصومنّ عمري" ينصرف إلى العمر. ولو قال "في عمري" يكفيه صوم يوم أو دونه.

---

[1] ه : هداية
[2] ث : أبو الليث
[3] ف : فتقع
[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[5] ف : وقوعه
[6] ه : هداية

٣٥. ٢. ٧ فصل في تفويض الطلاق

قال: **وإذا قال لامرأته "اختاري نفسك" ينوي بذلك الطلاق أو قال لها "طلقي نفسك" فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذاك. فإن قامت منه أو أخذت في عمل أخر خرج الأمر من يدها.**

لأن للمخيرة المجلس بإجماع الصحابة. ولأنّه تمليك الفعل منها. والتمليكات تقتصر على المجلس. وتقتضي جواباً فيه كعقود المعاوضات. لأنّ ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة غير أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب. وأخرى بالاشتغال بعمل آخر إذ مجلس الأكل غير مجلس النظر ومجلس القراءة غير مجلس المبايعة. ويبطل خيارها بمجرد القيام. لأنّه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم. لأنّ المفسد فيهما الافتراق لا عن قبض. ثمّ لا بدّ من النّيّة في قوله "اختاري." لأنّه يحتمل تخييرها في نفسها وفي تصرف آخر أيضاً.

قال: **وإن اختارت نفسها في قوله "اختاري نفسك" كانت واحدة بائنة. ولا يكون ثلاثاً وإن نوى الزوج ذلك.**

والقياس أن لا يقع به شيء. لأنّه لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة. فلا يملك التفويض إلا إنا استحسنا ذلك بإجماع الصحابة. وإنّما تقع بائناً. لأنّ التخيير يقتضي اختصاصها بنفسها. وإنه ينافي[١] ولاية الرجعة. ولا يكون ثلاثاً وإن نوى الزوج. لأنّ الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة ولأنّ القياس يسلم عن معارضة في حقّ الثلاث فيعمل عمله.

قال: **ولا بدّ من ذكر النفس في كلامه أو كلامها.**

إزالة للإبهام ولأنّ الإجماع ثبت[٢] في أحد الجانبين دون المبهم. ولو قال "اختاري" فقالت "اخترت" لم يقع. ولو قال "اختاري نفسك" فقالت "اخترت" يقع. ولو قال "اختاري" فقالت "اخترت نفسي" يقع إذا نوى الزوج. ولو قال "اختاري اختيارة" فقالت "اخترت" تقع. لأنّها تنبئ عن الاتّحاد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرّة ويتعدّد أخرى. ولو قال "اختاري" فقالت "أنا أختار نفسي" يقع. والقياس أن لا يقع. لأنّه وعد كما في قوله "طلقي نفسك" فقالت "أنا أطلق نفسي."

قال: **وإن طلقت نفسها في قوله "طلقي نفسك" فهي واحدة رجعية.**

لأنّه [٣١١/ب] فوّض إليها الطلاق الرجعي.

قال: **وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها.**

---

١ ف : + في ذلك

٢ ف : + في المعسر

لأنّه فوض إليها الطلاق تفويضاً عاماً. فيتناول الواحدة والثلاث. وقد تأكد هذا المحتمل بإرادة الزوج فيقع. فإن قلت هذا يشكل بما إذا قال الزوج "طلقت" ونوى الثلاث. قلت "طلقت" إخبار في نفسه فجعل إنشاء لضرورة الحاجة. وهي تندفع بالواحدة أو بالتصريح والثابت بالضرورة يتقدّر بقدر الضرورة.

قال: **وإن قال لها "طلقي نفسك متى شئت" فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده.**

لأن كلمة متى تعمّ جميع الأوقات.

قال: **وإذا قال لرجل "طلق امرأتي" فله أن يطلقها في المجلس وبعده.**

لأنّه توكيل فلا يختصّ بالمجلس.

قال: **وإن قال "طلقها إن شئت" فله أن يطلقها في المجلس خاصة.**

لأنّه لما علّقه بمشيئته كان تمليكاً. والتمليك يقتصر على المجلس كعقود المعاوضات.

قال: **وإذا قال "إن كنت تحبّيني أو تبغضيني فأنت طالق" فقال "أنا أحبّك أو أبغضك" وقع الطلاق وإن كان في قلبها خلاف ما أظهرت.**

لأن المحبّة والبغض أمر باطن لا يمكن الوقوف عليهما فنقل الشرع الحكم منه إلى اللسان. لأنّه علم عليه. وكذلك إذا قال "إن كنت تحبّيني بقلبك." وقال محمد لا تطلق إذا كانت كاذبة. لأنّه لما قيّدها بالقلب وجب اعتباره وهماً. قالا المحبّة لا تكون إلا بالقلب فاستوى ذكره وتركه. وكذا إذا أضافه إلى نفسه فقال "إن كنت أحبّ أو أبغض." **شط**[1] وقيل الخلاف في الفصلين. وكذا إذا قال "إن كنتِ تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبدي حر" فقالت "أحبّ" طلقت و لم يعتق العبد لما مرّ. **م**[2] "أنت طالق إن هويت أو أردت أو أعجبك أو وافقك أو أحببت" فقالت "شئت" وقع.

٣٥ . ٢ . ٨ فصل الطلاق في مرض الموت

قال: **وإن طلق الرجل امرائته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدّة ورثت منه. وإن مات بعد انقضاء عدّتها فلا ميراث لها.**

وقال الشافعي في أحد أقواله لا ترث في الوجهين لزوال سبب الإرث وهو الزوجية. وفي قول ترث في الوجهين ما لم يتزوّج. وبه مالك. وفي قول ترث وإن تزوّجت. وبه ابن أبي ليلى لتعلق حقّها بمال الزوج. ولنا إجماع الصحابة. ولأنّ عبد الرحمن بن عوف ﵁ طلق امرأته تمارض في مرض موته فورثها

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد

عثمان رضي الله عنه فأصابها بربع الثمن ثمانون ألفاً. وكانت مبتوتة لقول ابن الزبير رضي الله عنهما لو كنت أنا لما ورثتها.[1] وروي أما أنا [٣١٢/أ] فلا أورث المبتوتة. ولأنّ النكاح باق في العدّة في حقّ بعض الأحكام. فكذا في حقّ الإرث. ولأنّ الإرث حقّها. وقد تعلق بما له في مرضه. فلا يملك إبطالها. وفي حقّ الطلاق[2] الرجعي ترث في العدّة بالإجماع. **شط**[3] ولو أبانها بأمرها أو خيرها فاختارت نفسها أو أختلعت منه لم ترث. وفروع هذه المسألة مذكورة في شروح الجامع الصغير. فيطالع من ثمة. ولكن المهمّ الأهمّ هاهنا معرفة مرض الموت. **شط**[4] ثمّ المرض المعتبر أن يصير بحال يخشى عليه التلف ومن يقوم بحوائجه في البيت كالمشي إلى الخلاء والتوضئ بنفسه كالصحيح عند البلخيين. وعند البخاريين إذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريض. وعن أبي يوسف إن كان يخرج إلى الصلاة فكالصحيح. والمرأة لا تخرج. فإن عجزت عن القيام بحوائجها في البيت كصعود السطح ونحوه فمريضة. وإلاّ فلا. والمقعد والمفلوج والمسلول كالصحيح. لأنّه قد يعيش معه كثيراً. قال ابن سلمة إن كان يرجى بُرؤه بالتداوي. وقال إلا أن يكون مرضه يزداد أبداً. فإن كان يزداد وينتقص إن مات بعد ذلك بسنة فكالصحيح. وإن مات قبل سنة فمريض. وذكر الناطفي تصرفات المسلول كسائر المرضى ما لم يتطاول. وفسّر أصحابنا التطاول بسنة. فإذا بقى سنة فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته. **شح**[5] عن محمد إذا دام المريض سنة على حاله فحكمه حكم الصحيح. واختلف في تفسير الطلاق. فقيل الوجع الذي لا يسكن حتّى يموت أو يلد. وقيل وإن سكن. لأنّ الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى. والأوّل أوجه.

قال: **وإذا قال الزوج لامرأته "أنت طالق إن شاء الله" متصلاً لم يقع الطلاق عليها.**

لقوله عليه السلام « **من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله فلا حنث عليه** »[6] وقال أيضاً « **من استثنى فله ثنياه** »[7] ولو سكت ثمّ استثنى ثبت حكم الكلام الأوّل فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً. ثمّ اختلف أبو يوسف ومحمد أن قوله "إن شاء الله" تعليق بمشيئته أم إهدار. فعند أبي يوسف

---

[3] : شرح الطحاوي

[4] شط : شرح الطحاوي

[5] شح : شمس الأئمة الحلواني

[6] أبو داود السنن "**أيمان**" ١١؛ الترمذي السنن "**نذور**" ٧؛ النسائي السنن الكبرى "**أيمان**"؛ ابن ماجه السنن "**كفارات**" ٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٣٢/٣.

[7] الملا علي القاري مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ٣١٨/٩.

إهدار. وعند محمد تعليق. وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله. لأنّ الاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً. والموت لا ينافي المبطل.

قال: **وإن قال لها "أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة" طلقت ثنتين. وإن قال "إلا ثنتين" طلقت واحدة.**

لأن الاستثناء تكلّم بالحاصل بعد الثنيا. لأنّه لا فرق بين قوله لفلان عليّ عشرة إلا خمسة وبين قوله [٣١٢/ب] لفلان علي خمسة. قال تعالى ﴿ **فلبِث فيهم ألفَ سنة إلا خمسين عاماً** ﴾[١] ولو لم يكن تكلماً بالباقي بعد الثنيا لكان بداءً. وهو محال على الله. ولو قال إلا ثلاثاً يقع الثلاث. لأنّه لم يصحّ الاستثناء.

قال: **وإذا ملك الزوج امرأته أو شقصاً منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة بينهما.**

لأن النكاح والملك يتنافيان كالردة. أما ملك الزوج فلأنّه ملك المتعة بملك اليمين. وإنه أقوى. والأقوى إذا طرأ على الأدنى أبطله. وأما ملك المرأة فلأنّها مملوكة بعقد النكاح فينافيها المالكية ضرورة.[٢]

---

[١] العنكبوت ١٤/٢٩

[٢] ق : + والله أعلم



٣٦ كتاب الرجعة



قال:[١] **إذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية[٢] أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدّتها رضيت بذلك أو لم ترض.**

لقوله تعالى ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾[٣] قوله تعالى ﴿ **فأمسكوهن بمعروف أو سرِّحوهن بمعروف** ﴾[٤] وقوله تعالى في المطلقات ﴿ **وبُعولتُهن أحقّ بردّهن** ﴾[٥] من غير فضل بين رضاهنّ وعدمه أي برجعتهنّ. وروي « **أنّه** ﷺ **طلق سودة[٦] وراجعها** »[١] ولا بدّ من قيام العدّة. لأنّ الرجعة استدامة الملك. وإنّما يتحقّق في العدّة. لأنّه لا ملك بعد انقضائها.

. شمس وأسلمت

الزركلي الأعلام ٣/١٤٥.



٣٦ . ١ باب ألفاظ الرجعة

قال: **والرجعة أن يقول "راجعتك" أو "راجعت امرأتي" أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها لشهوة أو ينظر إلى فرجها لشهوة.**

أما "راجعتك" أو "راجعت امرأتي" فلا خلاف فيه بين الأمة. وأما المراجعة بهذه الأفعال فمذهبنا. وقال الشافعي لا تصحّ الرجعة إلا بالقول. لأنّها بمترلة ابتداء النكاح عنده حتّى يحرم وطئها. ولنا أنّه[٢] استدامة الملك بدليل الأمر بالإمساك. والإمساك هو الاستدامة. والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار. والدلالة فعل يختصّ بالنكاح. وهذه الأفاعيل يختصّ به خصوصاً في الحرّة بخلاف المسّ والنظر بغير شهوة. لأنّه قد يحلّ بدون النكاح كالقابلة والطبيب ونحوهما.[٣] ولأنّها من مقدّمات الوطئ ودواعيه فقامت مقامها كما في الاستبراء ونحوه. جس[٤] في خزانة الفقه ثلاثة أشياء من جهتها يحصل بكلّ واحد منها الرجعة إذا باضعت زوجها أو قبلته أو باشرته كان الزوج كارهاً أو طائعاً.

قال: **ويستحبّ أن يُشهد على الرجعة شاهدين. وإن لم يشهد صحّت الرجعة.**

خلافاً للشافعي في أحد قوليه. وبه مالك[٥] لقوله تعالى ﴿ **فامسكوهن بمعروف** [٣١٣/أ] **أو فارِقوهن بمعروف وأشهِدوا ذوىْ عدل منكم** ﴾[٦] والأمر للإيجاب. ولنا إطلاق النصوص ولأنّه استدامة للنكاح. ولا يشترط الشهود حال البقاء كما في الفيء في الإيلاء. والأمر محمول على الاستحباب دفعاً

---

١ البيهقي "السنن الكبرى" ٣٤٣/٧.

٢ ق : أنها

٣ ف : ونحوها

٤ جس : أجناس الناطفي

٥ ق : - مالك

٦ الطلاق ٢/٦٥

لخلل التجاحد. ولهذا قرنه بالمفارقة. والإشهاد فيها مستحبّ إجماعاً. هـ[1] ويستحبّ أن يعلمها كيلا تقع في المعصية.

قال: **وإذا انقضت العدّة فقال "قد كنت راجعتها في العدّة" فصدقته فهي رجعة. وإن كذبته فالقول قولها.**

لأنّه متهم في الإخبار عما لا يملك إنشاءه في الحال. لكن بتصديقها ترفع التهمة. وإن كذبته فالقول لها. لأنّها تتمسك بالأصل.

قال: **ولا يمين عليها عند أبي حنيفة**

خلافهما. وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستّة على ما مرّ في النكاح.

قال: **وإذا قال الزوج "قد راجعتك" فقالت مجيبة له "قد انقضت عدتي" لم تصحّ الرجعة عند أبي حنيفة.**

وقالا تصح. لأنّها صادفت العدّة لبقائها ظاهراً إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة. ولأبي حنيفة أنّها صادفت حالة الانقضاء. لأنّها أمينة في الإخبار عن الانقضاء. فإذا أخبرت دلّ على سبق الانقضاء. هـ[2] ولو قال لها "طلقتك" فقالت مجيبة "قد انقضت عدتي" فهو على هذا الخلاف. وقيل يقع إقراره إجماعاً.

قال: **وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدّتها "قد كنت راجعتها في العدّة" وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة.**

وقالا القول قول المولى. لأنّ بضعها مملوك له. فكان إقراراً بخالص حقّه فصحّ كالإقرار عليها بالنكاح. وله أن حكم الرجعة يبنى على بقاء العدّة. والقول في العقدة قولها. فكذا فيما يُبنى عليها. هـ[3] ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى. وكذا في الصحيح عنده. لأنّها منقضية العدّة في الحال. وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا تقبل قولها في إبطاله بخلاف الأول. لأنّ المولى لما صدقه في الرجعة. فقد أقرّ بقيام العدّة فلم يظهر ملكه. ولو قالت "قد انقضت عدتي" وقال الزوج والمولى "لم ينقض" فالقول لها. لأنّها أمينة فيه.[4]

---

[1] ه : هداية

[2] ه : هداية

[3] ه : هداية

[4] ف، ق : – فيه

قال: **وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيّام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل. وإن انقطع لأقلّ من عشرة أيّام لم ينقطع الرجعة حتّى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة أو تيمّم وتصلي عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد إذا تيمّمت انقضت الرجعة.**

لأن الحيض لا يزيد على العشرة فعند الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدّة [٣١٣/ب] فانقطعت الرجعة ضرورة. وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا يثبت الخروج من الحيض بهذا الطهر حتّى يتأكد بحكم من أحكام الطاهرات. وهو الاغتسال أو مضي وقت الصلاة عليها. والصلاة لا تجب إلا على الطاهر.

قلت وأراد بوقت الصلاة هاهنا آخر الوقت الذي يسع للاغتسال والتحريمة. لأنّ بهذا القدر[١] يجب عليها الصلاة ديناً في ذمتها لا ما ذهب إليه البعض أنّه وقت صلاة كامل إلا إذا فسر الكمال به. هـ[٢] ولو كانت كتابية تنقضي بمجرد الانقطاع. وإنّما ينقطع بالتيمّم عند محمد. وهو القياس. لأنّ التيمّم عند عدم الماء بمنزلة الاغتسال في حقّ الأحكام. ولهما أن التراب ملوّث ومغبّر. وإنّما صار طهوراً في حقّ الصلاة عند عدم الماء ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات عليها[٣] بالتأخير. والضرورة إنّما تتحقّق بالصلاة فشرط الصلاة معه حتّى تقوم مقام الاغتسال. هـ[٤] ثم قيل ينقطع بنفس الشروع في الصلاة عندهما. وقيل بعد الفراغ لتقرّر حكمة لصحة[٥] الصلاة.

قال: **وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يُصبه الماء فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة. وإن كان أقلّ من عضو انقطعت الرجعة.**

لاحتمال إصابة الماء إياه وتسارع الجفاف إليه. فقلنا بالانقطاع احتياطاً بخلاف العضو الكامل. لأنّه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا. وعن أبي يوسف ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل. وعنه وهو قول محمد بمنزلة ما دون العضو. لأنّ في فرضيته اختلافاً بخلاف غيره من الأعضاء. صغر[٦] طلقها وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة. يعني قبل الولادة لبطلان زعمه بتكذيب الشرع إياه. فإن طلقها بعد ما خلا بها وأغلق باباً أو أرخى ستراً أو قال "لم أجامعها" لم يملك الرجعة.

---

[١] ق : بمقدار العدد
[٢] ه : هداية
[٣] ف، ق : عليه
[٤] ه : هداية
[٥] ف، ق : بصحة
[٦] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

قلت المنصوص في أكثر نسخ شروح الجامع الصغير وأغلق باباً وأرخى ستراً بحرف الواو لكن الصحيح أنّه بكلمة أو على ما قدره المُتقِنون من المشرحين أن أحدهما يكفي لصحة الخلوة. ولو قال "إذا ولدت فأنت طالق" فولدت ولدين في بطن واحد تنقضي عدّهّا بالثاني. ولو كانا في بطنين فالثاني رجعة ما لم يقر بانقضاء عدهّا. ولو قال "كلّما ولدت ولداً فأنت طالق" فولدت ثلاثة في بطون مختلفة فالثاني رجعة. وكذا الثالث. ووقع تطليقتان والعدّة بعده [٣١٤/أ] بالإقرار. ولو كانوا في بطن واحد وقع الثلاث.

٣٦ . ١ . ١ فصل فيما تحلّ به المطلقة وما يتّصل به

قال: **والمطلّقة الرجعية تتشوّق وتتزيّن.**

لأنّها حلال للزوج. والنكاح قائم بينهما أو الرجعة مستحبّة. والتزين حامل عليها فيكون مشروعاً. في المغرب يتشوق لزوجها تتزين بأن تجلو وجهها وتصقل خديها من شاق الخلى إذا جلاه.[1]

قال: **ويستحبّ لزوجها أن لا يدخل عليها حتّى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه.**

هذا إذا لم يكن من قصد المراجعة. لأنّها ربما تكون مجردة فتقع بصره بشهوة على موضع يصير مراجعاً ثمّ يطلقها فتطول عدهّا. شق[2] قال أصحابنا الأحسن أن يعلمها بهذه المراجعة صوناً لها عن نكاح محرم. وإن لم يُعلمها جاز.

قال: **والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ.**

وقال الشافعي يحرم ويجب به المهر كالبائن. ولنا قوله تعالى ﴿ **وبُعولتُهن أحقّ بردّهن** ﴾[3] سماه بعلاً فتحل بالنصوص واعتباراً بتعليق البائن بالشرط.

قال: **وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوّجها في عدّهّا وبعد انقضائها.**

لبقاء حلّ المحلية في حقّه ومنع الغير في عدّهّا دفعاً لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه.

---

[1] [illegible] حرام. فتح القدير ٨/٤٣٣.

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] البقرة ٢/٢٢٨

٢ . ١ . ٣٦ فصل في التحليل

قال: **وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرّة أو ثنتين في الأمة لم يحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثمّ يطلقها أو يموت عنها.**

والأصل فيه قوله تعالى ﴿ **فإن طلقها فلا تحلّ له من بعدُ حتّى تنكح زوجاً غيره** ﴾[١] والمراد الطلقة الثالثة بالإجماع وبإيماء النصّ حيث عقب هذا الطلاق بقوله ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾[٢] وشرط الدخول ثبت بإشارة النص. وهو أن يحمل النكاح على الوطئ دون العقد. لأنّ العقد مستفاد من لفظ الزوج. فلو حمل النكاح على الوطئ يحمل كلاهما على فائدة جديدة فكان أولى. وثبت أيضاً بالآثار المشهورة الثابتة بروايات مختلفة. إنّه ﷺ قال « **من طلق امرأته ثلاثاً فتزوّجت زوجاً غيره لا تحلّ للأول حتّى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها** »[٣] شق[٤] عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّه سئل ﷺ وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً وتزوّجها غيره فأغلق باباً أو أرخى ستراً أو كشف الخمار ثمّ فارقها قال ﷺ « **لا تحلّ للأول حتّى تذوق عُسيلة الآخر** »[٥] وحديث امرأة[٦] رفاعة[٧] رضي الله عنه معروف برواية عائشة رضي الله عنها « **أنّها قالت للنبي ﷺ طلقني زوجي ثلاثاً وتزوّجت بعبد الرحمن رضي الله عنه وما وجدت عنده إلا مثل هدب الثوب** [٣١٤/ب] **فقال ﷺ أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة قالت نعم فقال ﷺ لا حتّى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك** »[٨]

قلت وروي أنّها أخبرت النبي ﷺ بعد ذلك بالدخول فقال لها كذبت في الأوّل فلا أصدقك في الثاني ثمّ رفعت أمرها إلى أبي بكر في خلافته فأبى ثمّ إلى عمر رضي الله عنه في خلافته فأبى الرجوع إلى الأوّل حتّى ماتت واشتهرت ذلك غاية الاشتهار فيما بين ثقات الصحابة والتابعين والأخيار. وثبت بإجماع الأمّة أيضاً.

---

١ البقرة ٢٣٠/٢

٢ البقرة ٢٢٩/٢

٣ البخاري الصحيح "**طلاق**" ٦؛ أبو داود السنن "**طلاق**" ٤٩؛ الترمذي السنن "**نكاح**" ٢٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٩٦/٦.

٤ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٥ البخاري الصحيح "**طلاق**" ٦؛ أبو داود السنن "**طلاق**" ٤٩؛ الترمذي السنن "**نكاح**" ٢٦؛ أحمد بن حنبل

الأكثر. المصباح المنير

الزركلي الأعلام ٢٩/٣.

٨ البخاري الصحيح "**طلاق**" ٣؛ مسلم الصحيح "**نكاح**" ١١١؛ الترمذي السنن "**نكاح**" ٢٦؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٣٢؛ النسائي السنن الكبرى "**نكاح**" ٤٣.

ه[1] وما خالفهم أحد سوى سعيد بن المسيّب. وقوله غير معتبر حتّى لو قضى به القاضي لا ينفذ. **شط**[2] والمريسي وابن المسيّب لا يشترطان الدخول. **شق**[3] وقال سعيد بن جبير تحلّ بنفس العقد. وفي الأقضية لو قضى به قاض لا ينفذ. **شس**[4] **شص**[5] قال[6] مشايخنا لا ينفذ القضاء به. وفي الأقضية لو رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه لا ينفذ.

قال: **والصبي المراهق في التحليل كالبالغ.**

لإطلاق النصّ ووجود الوطئ منه. وهو حجّة على مالك في اشتراط البلوغ. **شط**[7] جماع عبد أو مجنون أو صبي تتحرّك آلته ويشتهى أو بنكاح في حيض أو نفاس أو صوم أو إحرام يحلها للمطلق ثلاثاً. وفي الصغير الذي لا يقدر على الجماع ولا يشتهى ولا تتحرّك آلته خلاف وحماد والبصري ومالك يشترطون الإنزال. وعن أبي يوسف أنّه اشترط الحرّية. وجماع الخصي يحلها دون المجبوب. وقيل إيلاج الشيخ الفاني بيده لا يحلها. وقيل إذا لم ينتشر ذكره فأدخله بيده أو بيدها أو كان الذكر أشلّ لا يحلها بالإدخال. والصواب أن يحلها. لأنّه معلق بدخول الحشفة. وفي النكاح الفاسد قولان. وقيل لو لفّ ذكره بحريرة وجامعها يحلها.[8] وفيه نظر. ولو ادعت دخول المحلل صدقت وإن أنكر هو وكذا على العكس. **قخ**[9] مثله.

قال: **ووطئ المولى لا يحللها.**

لأن الغاية نكاح الزوج لا المولى.

قال: **وإذا تزوّجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه.**

لقوله ﷺ « **لعن الله المُحَلِلَ والمُحلَّلَ له** »[10]

---

[1] ه : هداية

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[4] شس : شرح السرخسي

[5] شص : شرح الصباغي

[6] ف : وقال

[7] شط : شرح الطحاوي

[8] [illegible] فراش. بدائع الصنائع ١٦٢/٣.

[9] قخ : قاضي خان

[10] أبو داود السنن "**نكاح**" ١٤؛ الترمذي السنن "**نكاح**" ٢٧؛ النسائي السنن الكبرى "**طلاق**" ١٣؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٣٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٢٣/٢ .

قال: **فإن وطئها حلت للأول**

للدخول في نكاح صحيح. لأنّ النكاح لا يبطل بالشروط. وعن أبي يوسف يفسد النكاح. لأنّه في معنى المؤقت. فلا تحلّ للأول. وعن محمد أنّه يصحّ النكاح. ولا تحلّ للأول. **جش**[1] في الحيل عن سالم بن عبد الله[2] سُئل عن المطلّقة ثلاثاً تزوّجها رجل ليحلها للزوج الأوّل و لم يأمره به الأوّل ولا المرأة. فقال سالم "هذا [٣١٥/أ] مأجور." وهو قول أبي حنيفة وبه نأخذ. وتحلّ للأول ولكن ينبغي أن لا يعتاده. لأنّه من أفعال الأخسة.

قلت وخلوة الزوج الثاني وموته لا يقوم مقام الدخول في التحليل. **شط**[3] **نم**[4] ولا يقام الخلوة مقام الدخول في ثبوت الإحصان.[5] والإحلال للزوج الأوّل وثبوت الرجعة والميراث حتّى لو أبانها ثمّ مات في عدّتها لم ترث. وفي وقوع الطلاق عليها في هذه العدّة اختلاف. وكذا في منع نفسها للمهر. ويحل نكاح ابنتها إذا أبانها عند محمد خلاف أبي يوسف. **م**[6] الموت أقيم مقام[7] الدخول في حكم المهر والعدّة وفيما سويهما كالعدم.

قال: **وإذا طلّق الحرّة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدّتها وتزوّجت بزوج آخر. ثمّ عادتْ إلى الأوّل عادتْ بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلاث. وقال محمد لا يهدم ما دون الثلاث.**

لأنّه غاية للحرمة الغليظة بالنصّ فيكون منهيّاً ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت. ولهما قوله ﷺ « **لعن الله المحلّل والمحلّل** »[8] له سمّاه محلّلاً والمحلّل المثبت للحلّ.

---

[1] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

الزركلي الأعلام ٣/٧١.

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] نم : نوري الأئمّة منصوراني

الكمال. المبسوط ٦/٤٠٧.

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[7] ف : - مقام

[8] أبو داود السنن "**نكاح**" ١٤؛ الترمذي السنن "**نكاح**" ٢٧؛ النسائي السنن الكبرى "**طلاق**" ١٣؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٣٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢/٣٢٣ .

قال: **وإذا طلّقها ثلاثاً فقالت "قد انقضت عدّتي وتزوّجت بزوج آخر ودخل بي الزوج وطلّقني وانقضت عدّتي" والمدّة يحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدّقها إذا كان في غالب ظنّه أنّها صادقة.**

لأنّه أمرٌ دينيٌ أو معامليٌ فتقبل قول الواحد فيه على أن غلبة الظنّ حجّة في الشرع في كثير من الأحكام. واختلف في تلك المدّة وسيتلى عليك في كتاب العدّة إن شاء الله تعالى. **جش**[1] قالت لرجل "طلقني زوجي أو ارتدّ وانقضت عدتي" فإن غلب على ظنه صِدقها[2] فله أن يتزوّجها ثقة كانت أو غير ثقة. ولو قالت "كان نكاحي فاسدا فتزوّجني" ليس له ذلك. وإن كانت ثقة وحردة شهدا عندها أو واحد عدل أن زوجها طلقها ثلاثاً[3] فلها أن تعتدّ وتتزوّج.[4] **حم**[5] **فك**[6] طلقها ثمّ قال كان قبلها طلقة ثلاثاً[7] وانقضت عدّتها وصدقته في ذلك. ذكر في الجامع الكبير أنّهما يصدقان. وذكر البزدوي أنّهما لا يصدقان وبه يفتى. **شص**[8] جاء إليها بكتاب زوجها فيه طلاقها. وهو غير ثقة. لكن أكبر رأيها أنّه حقّ فلها أن تعتدّ وتتزوّج بزوج آخر. ولو أخبرها أنّه ارتدّ ففيه روايتان.

---

١ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

المحيط البرهاني ١٢٢/٥.

٥ حم : أبو حامد

٦ فك : فتاوى ابو الفضل الكرماني

٧ ف، ق : - ثلاثا

٨ شص : شرح الصباغي



٣٧ كتاب الإيلاء



الإيلاء[1] لغة عبارة عن اليمين.[2] قال الشاعر [٣١٥/ب] قليلُ لأَلَايَا حافظٌ ليمينِه وإن بَدَرتْ منه الأَلْيَةُ بَرَّتْ[3] وفي الشريعة عبارة عن اليمين على ترك وطئ زوجته مدّة مخصوصة. لكنّها تشارك سائر الأيمان في لزوم الكفّارة بالحنث فيها وتفارقها في وقوع الطلاق بالبر أربعة أشهر جزاءً على ظلمه إياها. والأصل في صحّته قوله تعالى ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم تربُّص أربعةِ أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم** ﴾[4] وقد كان الإيلاء طلاق أهل الجاهلية فجعلته الشريعة طلاقاً يتعلّق بمضي أربعة أشهر إذا لم يوجد فيها الفيء إذا ثبت هذا.

---

[1] [illegible] عدم. فتح القدير [illegible]

[2] [illegible]

[3] فيروزآبادي قموس المحيط ٣٠٠/٤.

[4] البقرة ٢٢٦/٢



٣٧.١ باب حكم الإيلاء

قال الشيخ:[1] **إذا قال الرجل لامرأته "واللهِ لا أقربكِ" أو "لا أقربكِ أربعة أشهر" فهو مولٍ.**

لما تلونا من الآية.

قال: **فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفّارة.**

لأن الكفّارة موجب الحنث

قال: **وسقط حنث الإيلاء.**

لأنّ اليمين ترتفع بالحنث.

قال: **وإن لم يقربها حتّى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة.**

وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي كما في الجبّ والعنّة. ولنا أنّه ظلمها بمنع حقّها في القربان فجازه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدّة. وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة للأمة. ولأنّه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء هذه المدّة.

قال: **فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين.**

لانتهاء وقتها.

قال: **وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية.**

لأنّها مطلّقة و لم ترتفع بالحنث فيبقى.

قال: **فإن عاد فتزوّجها عاد الإيلاء. فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى.**

---

[1] ق : - الشيخ

لأن اليمين باقية لما مرّ. فلما تزوّجها عاد حقّها في الوطئ فتحقّق الظلم بمنع حقّها.

قلت وقوله عاد الإيلاء معناه كان عيناً. و لم يكن معها خصيصة الإيلاء. وهو تعلق الطلاق بمضي هذه المدّة لفوت الظلم بالإبانة. فإذا تزوّجها عاد حقّها فعاد ظلمه فصارت إيلاء. ويعتبر المدّة الثانية من وقت التزوّج. فإن تزوّجها ثالثاً فكذلك.

قال: **فإن تزوّجها بعد زوج لم يقع بذلك الإيلاء طلاق.**

لتقيد الإيلاء بالمملوك وقد استحصر[1] الكلام فيه في مسألة التنجيز.[2]

قال: **واليمين باقية.**

لما مرّ.

قال: **فإن وطئها كفّر عن يمينه. فإن حلف على أقلّ من أربعة أشهر لم يكن مولياً.**

لقول ابن عبّاس ﵄ لا إيلاء فيما [٣١٦/أ] دون أربعة أشهر ولإيماء النصّ.

قال: **وإن حلف بحجّ أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق فهو مول.**

لأنّه لا يمكنه قربانها إلا بحقّ يلزمه. وهو حدّ المولى ولأنّ اليمين ذكر شرط وجزاء واختص الإيلاء بالجزاء المانع من تحقيق هذا الشرط. وهذه الأجزئة مانعة لما فيها من المشقّة. هـ[3] والحلف بالعتق أن يعلق عتق عبده بقربانها. وقال أبو يوسف بالعتق لا يكون مولياً. لأنّه يمكنه بيعه ثمّ قربانها. ولهما أن البيع موهوم فلا يمنع المانعية. والحلف بالطلاق إن تعلق طلاقها أو طلاق صاحبتها بقربان هذه.

قال: **وإن آلى من المطلّقة الرجعية كان مولياً. وإن آلى من البائنة لم يكن مولياً.**

لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية.

قال: **ومدة الإيلاء في الأمة شهران.**

لأن الرقّ منصف كما في الطلاق والعدّة.

قال: **وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت المرأة مريضة أو بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدّة الإيلاء ففيئه أن تقول بلسانه "فئت إليها." فإن قال ذلك سقط الإيلاء.**

قبل. فتح القدير

٤٧٤/٨.

[3] هـ : هداية

وقال الشافعي لا فيء إلا بالجماع وبه الطحاوي. لأنّ هذا القول لو كان فياءً[1] لكان حنثاً.[2] ولنا أنّه آذاها بذكر المنع[3] فيكون[4] إرضاؤها بالوعد باللسان. وإذا ارتفع الظلم لا يجازي بالطلاق.

قال: **وإن صح في المدّة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع.**[5]

لأنّه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف كالمتيمّم وجد الماء قبل فراغه من الصلاة.

٣٧. ١. ١ فصل في قوله أنت علي حرام

قال: **وإذا قال لامرأته "أنت عليّ حرام" سُئل عن نيته. فإن قال "أردت به الكذب" فهو كما قال. وإن قال "أردت به الطلاق" فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث. وإن قال "أردت به الظهار" فهو ظهار.**

لأن اللفظ يحتمل هذه الوجوه فأيها نوى صحّ. هـ[6] وقيل لا يصدق في قوله أردت به الكذب. لأنّه عين ظاهراً. وقال محمد إذا قال "أردت به الظهار" فليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحارم. ولهما أنّه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة.

قال: **وإن قال "أردت به التحريم" أو "لم أرد به شيئاً" فهو يمين يصير به مولياً.**[7]

لأن الأصل في تحريم الحلال اليمين. قال الله تعالى ﴿ **يا أيها النبي لِمَ تُحرّم ما أحلّ الله لك** ﴾[8] إلى أن قال ﴿ **قد فرض الله لكم تَحِلَّة أيمانكم** ﴾[9]

بلسانه. اللباب

القضاء. الجوهرة النيرة ٢١٤/٤.

[8] التحريم ١/٦٦

[9] التحريم ٢/٦٦

قلت وقد ذكرت في كنايات الطلاق أن هذا في عرفهم. فأما في عرفنا فهو محمول على الطلاق من غير نيّة. **شس**[1] "أنت حرام تطليقة بائنة" من غير نيّة. **عت**[2] قال لامرأته "أنت حرام" أو قال "أنت عليّ حرام" و لم ينو شيئاً [٣١٦/ب] يقع تطليقة. **م**[3] "إن كنت دخلت الدار أمس فكلّ حلّ عليّ حرام" و لم ينو طلاقاً وقد كان دخلها لزمه يمين. فإن أكل أو شرب كفر عن يمينه. وعن أبي يوسف إن كلمت زيداً فدخول الدار عليّ حرام وكلام عمرو فكلم زيداً ثمّ دخل الدار ثمّ كلم عمرواً حنث في يمين واحدة. ولو قال وكلام عمرو عليّ حرام فهما يمينان. **حم**[4] **بت**[5] قال لغير الكلام معك حرام أو قال هذا الطعام حرام و لم يقل إن فعلت كذا فليس بيمين إلا أن يقول كلامك عليّ أو الطعام عليّ محرم. **ظم**[6] إن نوى في الأوّل حُرمته عليه فيمين. **جت**[7] حرّم طعاماً فهو عين على تناوله المعتاد أكلاً في المأكول ولبساً في الملبوس إلا أن ينوي غيره. وكذلك سائر التصرّفات في الأشياء وفي الدراهم على اتّفاقها. **قخ**[8] ونصاب الفقهاء حرام أست باتو سخن كِفْتَيْن فهو يمين.[9] **وك**[10] كلام فلان وفلان عليّ حرام فكلم أحدهما حنث. وكذا عن الحسن عن أبي حنيفة. والفتوى على أنّه لا يحنث حتّى يكلمهما. وكذا كلام هؤلاء القوم أو كلام أهل بغداد فكلم إنساناً منهم أو هذا الرغيف فأكل منه.[11]

---

[1] شس : شرح السرخسي

[2] عت : عمر الترجماني

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] حم : أبو حامد

[5] بت : برهان الترجماني

[6] ظم : ظهير الدين المرغيناني

[7] جت : جمع التفاريق للبقالي

[8] قخ : قاضي خان

[9] كذا في فتاوى قاضي خان ولو قال حرام است باتوسخن كفتين يكون يمينا كذا في الظهيرية سئل الشيخ القاضي الإمام علي بن حسين السغدي عمن قال بذيرفتم كه جنين نكنم و لم ينو شيئا قال يكون يمينا كذا في الخلاصة رجل قال بذيرفتم خداري راكه فلان كارنكنم يكون يمينا. الفتاوى الهندية ٥٨/٢.

[10] وك : الوقعات الحسامية الكبرى

[11] ق : + والله أعلم



٣٨ كتاب الخُلع



قال:[1] **إذا تشاقّ الزوجان وخافا أن لا يُقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي المرأة[2] نفسها منه بمال يخلعها به.**[3]

لقوله تعالى ﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾[1]

[illegible]

خلاف لقوله [illegible]

[illegible] تذكر فقالت يا رسول الله كل ما أعطاني عندي. فقال النبي لثابت خذ منها فأخذ منها وجلست [illegible]

[illegible] الآخر فيتراضيا على الخلع فيصح. ويحل للزوج ما بذلت له لقوله تعالى فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ليخالعها فهذا المحظور لقوله [illegible]

[illegible] النشوز فخالعته عقب الضرب صح الخلع لان ثابت بن قيس كان قد ضرب زوجته فخالعته مع علم النبي بالحال و لم ينكر عليهما ولان كل عقد صح مع الضرب صح بعده كما لو حد الامام رجلا ثم اشترى منه شيئا عقبه. جواهر العقود ٨٩/٢.

قال: **فإذا فعل ذلك وقع الخُلع وهو[2] تطليقة بائنة ولزمها المال.**

لقوله ﷺ « **الخُلع تطليقة بائنة** »[3] ولأنّها إنّما تسلم المال لتسلم لها النفس. وذلك في البينونة. والحديث حجّة على الشافعي في جعله فسخاً.[4]

قال: **وإن كان النشوز من قبله كرهنا له أن يأخذ منها عوضاً.**

لقوله تعالى ﴿**وإن أردتم استبدالَ زوج مكان زوج وآتيتم إحديهن قِنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً**﴾[5]

قال: **وإن كان النشوز منها[6] كره له أن يأخذ[7] أكثر مما أعطاها.**

وفي الجامع الصغير طاب الفضل أيضاً لإطلاق ما تلونا من الآية الأولى. ووجه هذه الرواية حديث جميلة[8] امرأة ثابت بن قيس[9] رضي الله عنه « **لا أعيب على ثابت في دين ولا خُلق ولكن لا أطيقه بُغضاً يا رسول الله فقال** ﷺ **أترُدِّين عليه حديقَته فقالت نعم وزيادة فقال** ﷺ **أما الزيادة فلا** »[10] ولو أخذ الزيادة أو المهر في النشوز منه جاز في القضاء.

---

[1] البقرة **٢٢٩/٢**

[2] ف، ق : - وهو

[3] الدارقطني السنن **٤٥/٤**؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف" ١١٨/٤**؛ عبد الرزاق [illegible]

[illegible] المجلس. الجوهرة

[illegible] الله. الطبقات الكبرى [illegible]

[10] البخاري الصحيح **"طلاق" ١١**؛ ابن ماجه السنن **"طلاق" ٢٢**؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق" ٣٤**؛ أحمد بن حنبل **"المسند" ٣/٤**.



١.٣٨ باب في الطلاق على المال

قال: **وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق.**[١]

لقبولها المال. وهي من أهل الالتزام لولايتها على نفسها ومالها وملك النكاح مما يجوز عنه الاعتياض. وإن لم يكن مالاً كالقصاص فصحّ وكان الطلاق بائناً لما مرّ. ولأنّ الزوج قد ملك [٣١٧/أ] العوض فتملك هي المعوض تسوية بينهما.

قال: **وإن بطل العوض في الخُلع مثل أن تُخالع المسلمة على خمر أو خنزير فلا شيء للزوج والفرقة بائنة. وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعياً.**[٢]

وإنما يقع الطلاق في الوجهين لتعلق الطلاق بالقبول وقد وجد. وإنّما افترقا في الوصف. لأنّه لما بطل العوض في الخُع بقى لفظة الخُلع وإنه كناية. والكناية بوائن بخلاف الثاني. لأنّه صريح. وإنّما لم يجب على الزوج شيء. لأنّها لم تلزم المال. وملك البُضع ليس بمتقوّم عند الخروج. وإنّما يلزم بالالتزام أو باستهلاك المال أو تملكه و لم يوجد شيء منها بخلاف ما إذا أخلعها على خلّ بعينه فإذاً هي خمر لالتزام المال

---

[١] ... شيء. الفتاوى الهندية

[٢] ... رجعيا. تحفة الفقهاء ٢/٢٠١.

تسمية وبخلاف ما إذا كاتبه على خمر. لأنّ ملك المولى ثمة متقوّم فتملكه وبخلاف النكاح. لأنّ ملك البُضع متقوّم عند الدخول إظهاراً لشرفه. ونفس الإسقاط عند الخروج شرف فلا حاجة إلى التقوم. **شط**[1] خلع الصغيرة بمهرها فقبلت أو قالت "اخلعني على مهري" ففعل طلقت مجاناً. وكذا الأمة إذا اختلعت بغير إذن المولى لكنّها تؤاخذ بعد العتق بخلاف الصغيرة. وإن اختلعت بإذن بيعت فيه. وكذا أمّ الولد والمدبّرة لكنّهما لا تُباعان. والمكاتبة تؤاخذ به بعد العتق سواء كان الخُلع بإذن المولى أو بغير إذنه. لأنّه تبرّع كالكفالة. ولو خلع الصغيرة أبوها أو غيره بمهرها و لم يضمن. فإن قبلت وهي تعقل الخلع طلقت مجاناً. وإن لم تقبل وقبل الأب تطلق في أصحّ الروايتين. **جش**[2] جاز الخُلع ولا يبرأ الزوج عن المهر. فإن بلغت فأجازت الخُلع برئ. ولو خالعها بمهرها وضمن للزوج وبلغت هي و لم تجز صح الخُلع وطلقت. لأنّه معلّق بقبول الأب ويأخذ هي زوجها بمهرها ويرجع به[3] على الأب بحكم الضمان. وإن لم يكن الضمان مشروطاً في الخُلع. وكان معطوفاً لم يصحّ الخُلع والضمان و لم تطلق. ولو خلع الكبيرة بإذنها فالبدل عليها. وكذا كلّ ما لا يكون مبادلة مال بمال. لأنّ الحقوق لا ترجع فيه إلى العاقد. فإن ضمن أخذ به ثمّ يرجع هو به عليها. لأنّ الأمر بالخُلع أمر بالضمان. فإن خلع بغير أمرها و لم يضمن يوقف على إجازتها. فإن أجازت فالبدل عليها. وإن ردت بطل. وقيل ينبغي أن يطلق. لأنّه معلق بقبوله. فإن ضمن يطلق ولزمه البدل. لأنّه بدل إسقاط فجاز وجوبه على غيرها ابتداء بالضمان كقضاء دين الأجنبي بخلاف بدل العتق حيث لا يلزم الضمان بدون [٣١٧/ب] الإذن. لأنّه بدل الملك. فلا يجب على غير من له الملك. ولو أبرأ الزوج الأب عن مهرها أو وهب بشرط الضمان. فإن لم يجز البنت لم يجز البراءة ولا يلزمه شيء. ولو زعم أنّها أذنته بذلك فقال له الزوج "هل أنت ضامن بما وهبت لي إن أنكرت الإذن وأخذت مني" فقال "نعم" صح الضمان لإضافته إلى سبب الوجوب.

قال: **وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخُلع.**

لأن ما يصلح عوضاً للمتقوّم أولى أن يصلح لغيرها. لكن يجوز الخُلع بما دون العشرة.

قال: **وإن قالت له "خالعني على ما في يدي" فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها.**

لأنّه لم تغرره[4] بتسمية المال. **شط**[5] وكذا لو قالت "على ما في يدي من شيء" أو قالت "على ما في بطن جاريتي" و لم تلد لأقلّ من ستّة أشهر.

---

[1] شط : شرح الطحاوي
[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[3] ف : - به
[4] ق : لم يعده
[5] شط : شرح الطحاوي

قال: **وإن قالت[1] "على ما في يدي من المال" ردّت عليه مهرها.**

لأنّه تعذر إيجاب المسمّى بجهالته وقيمة البضع لعدم تقومه عند الخروج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج. **شط**[2] إلا أن يعلم الزوج أنّه ليس في يدها شيء. وكذا لو خالعها على في هذا البيت من المتاع ويعلم أنّه لا متاع فيه أو خلعها بمهرها ويعلم أنّه لا مهر لها يقع مجاناً. ولو قالت "على ما يثمر نخلي أو تلد غنمي أو ما أرث العام أو أكتسبه أو ما أستغل[3] من عقاري" ردت مهرها لفساد التسمية للجهالة والخطر.[4] فإن كانت وهبت له المهر لم يرجع عليها بشيء.

قال: **وإن قالت "على ما في يدي من الدراهم" فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم.**

لأنّه أدنى الجمع الصحيح وكلمة من ههنا بيانية. وكذا من دراهم. **شط**[5] فإن كان في يدها ثلاثة أو أكثر فله ذلك. وإن كان أقلّ من ثلاثة يكمل ثلاثة. وكذا لو قالت "على ما في يدي من الدنانير والفلوس وجميع الأشياء" كالثياب والحيوان وغيرها تثبت ديناً في الذمّة بالخُلع. عن محمد خلعها على رضاع ما في بطنها فلم يكن أو مات ردت قيمة الرضاع. ولو لم يمت فهو على سنتين. وعن أبي يوسف إن لم يكن أو ولدت ميتاً فالمهر. وإن ولدت ثمّ مات فالقيمة. ولو خلعها على أن تمسك ولدها سنتين بنفقتها ثمّ أبت تخير. فإن لم تفعل ردت قيمة النفقة بقدر ما لم تمسك. وكذا لو خلعها على أن تمسكه إلى البلوغ ثمّ أبت تخير. فإن لم تفعل ردت أجر مثل إمساكه. فإن مات الولد قبل المدّة ردت من النفقة. والأجر بحسابه. وإن لم يؤقت الإمساك ترد المهر. ولو اختلعت على أن يكون الولد عند الأب فالشرط باطل. لأنّ كونه عند الأمّ حقّ الولد [٣١٨/أ] فلا يبطلانه.[6] **جش**[7] **شج**[8] فوضت الخلع إلى زوجها أو العبد إلى المولى ففعل بغير حضرتها جاز. والواحد يتولى الخلع من الجانبين. وفي عتاق الأصل الواحد يكون وكيلاً من الجانبين. فالعتاق والخلع والصلح عن دم العمد إذا كان البدل مسمى. وإلا لم يكن في ظاهر الرواية. وعن محمد أنّه

---

[1] ف : + خالعني

[2] شط : شرح الطحاوي

[4] ... النكاح. بدائع الصنائع ١٤٨/٣.

[5] شط : شرح الطحاوي

[6] ف : فلا يبطله

[7] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[8] شج : شرح الجلالي

يكون وتخالعا فلم يذكر من المال شيئاً. فعن محمد أن الخلع باطل. لأنّه لا يكون إلا بالمال. **ن**[١] والأصحّ أنّه يصحّ. وقال لها "بعت منك ثلاث تطليقات بمهرك ونفقة عدتك" فقالت "بعت و لم تقل اشتريت." قال أبو بكر الإسكاف بانت. لأنّها باعت مهرها ونفقة عدتّها. وقال أبو الليث لا يقع وهو المختار. ولو قال "خالعتك على عبدك الذي عندي" أو قال "على متاعك" وليس في يده شيء وقع على مهرها. فإن كانت لم تقبضه برئ الزوج وإلا ردت مهرها.

قلت وهذا بخلاف ما ذكر في **شط**[٢] **مج**[٣] قال لها "خلعتك" و لم يذكر مالاً فقالت "قبلت" لا يسقط من المهر شيء. **شب**[٤] يقع الطلاق ويبرأ الزوج عن المهر وإن لم يكن عليه مهر ردت عليه مهرها. لأنّ المال مذكور عُرفاً. ولو قال لها الزوج "أبرئيني عن كلّ حقّ لك حتّى أطلقك" فقالت "أبرأتك عن كلّ حقّ للنساء على الأزواج" فقال الزوج في ذلك الفور "طلقتك واحدة" فهي بائنة. لأنّها بعوض الإبراء دلالة. **خك**[٥] باع طلاقها منها بمهرها فهو براءة من المهر والطلاق رجعي. **جت**[٦] "خلعتك على عبدي" وقف على قبولها و لم يجب شيء.

قلت الظاهر أنّه عنى بقوله وقف على قبولها أي وقوع الطلاق. ومعرفة هذه المسألة من أهم المهمات في هذا الزمان. لأنّ الناس يعتادون إضافة الخُلع إلى مال الزوج بعد إبرائها إياه من المهر. فبهذا علم أنّها إذا قبلت وقع الطلاق و لم يجب على الزوج شيء. وفي منية الفقهاء **شم**[٧] **شح**[٨] "خالعتك بما لي عليك من الدين" وقبلت ينبغي أن يقع الطلاق.[٩] ولا يجب شيء ويبطل الدين. **فج**[١٠] ولو كانت اختلعت على عبد

---

١ ن : النوازل

٢ شط : شرح الطحاوي

٣ مج : مجد الأئمة

٤ شب : شرح بكر خواهر زاده

٥ خك : خلاصة الأكمل

٦ جت : جمع التفاريق للبقالي

٧ شم : شرح الموذني القدوري

٨ شح : شمس الأئمّة الحلواني

٩ [illegible] العدة. المبسوط ٣٠/٢٠٧.

١٠ فج : الفتاوى ابو جعفر

ثمّ تبين أنّه عبد الزوج بتصادقهما. فينبغي أن لا يلزمها شيء بسلامة البدل له. **شص**[1] الحيلة في إبراء الزوج عن مهر الصغيرة أن يحيل الزوج المهر على أبيها. لأنّ الأب يملك إحالة دين الصغيرين إذا كان المحتال عليه أملى أي أسهل قضاء والأب أملى من الزوج. **جت**[2] أضاف الأجنبي الخُلع إلى ماله صحّ ولزمه. ولو أضاف إلى مال أشار إليه و لم يضفه إلى نفسه وهو له أو لغيره. فإن قبلته سلمته أو قيمته.

قال: **وإذا قالت "طلقني [٣١٨/ب] ثلاثاً بألف" فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف.**

لأن الباء تصحب الأعواض وليس فيه معنى الشرط. والعوض ينقسم على المعوض. والطلاق بائن لوجوب[3] المال.

قال: **وإن قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة.**

والطلاق رجعي. وقالا تقع واحدة بائنة بثلث الألف. وبه الشافعي. لأنّ كلمة "على" كالباء في المعاوضات حتّى كان قولهم في الإجارة أحمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء. ولأبي حنيفة إن كلمة "على" للشرط. قال الله تعالى ﴿ **يبايعنك على أن لا يشركْن بالله شيئاً** ﴾[4] وكذا إذا قال لها "أنت طالق على أن تدخلي الدار" كان الدخول شرطاً وللمرأة غرض صحيح في اشتراط الثلاث. وهو أعظم البينونة فيحمل عليه. والمشروط لا ينقسم على أجزاء الشرط بخلاف الباء على ما بيّنّا.

---

[1] شص : شرح الصباغي
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] ف : بوجوب
[4] الممتحنة ١٢/٦٠



٢.٣٨ باب تفويض الطلاق

قال:[١] **ولو قال[٢] الزوج "طلقي نفسك ثلاثاً بألف" أو "على ألف" فطلقت نفسها واحدة لم يقع عليها شيء.**[٣]

لأنّها مبتدئة غير ممتثلة ولأنّ الزوج ما رضي بالبينونة إلا ليسلم له الألف كلّه بخلاف قولها "طلقني ثلاثاً بألف." لأنّها لما رضيت بالبينونة كانت ببعضها أرضى. **شط**[٤] ولو قال لها "أنت طالق بألف أو على ألف أو على أن تعطيني ألفاً أو خالعتك على ألف أو بارئتك أو طلقتك بألف" يقع بالقبول في المجلس. وهذا يمين من جهة الزوج حتّى صحّ تعليقه وإضافته. ولا يصحّ رجوعه ولا تبطل بقيامه عن المجلس. ويتوقّف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة. لأنّه تعليق الطلاق لقبولها المال. وهو من جهة المرأة مبادلة فلا يصحّ تعليقها وإضافتها. ويصحّ رجوعها قبل قبول الزوج. ويبطل بقيامها عن المجلس. ولا يتوقّف على البلوغ إلى الزوج. لأنّه تمليك المال من جهتها حتّى لو قالت طلقني بدرهم طلقني بدينار فطلقها تطلق

... ذكرنا. تحفة الفقهاء ١٨٧/٢.

٣ ق : + بينهما

٤ شط : شرح الطحاوي

بدينار. ولو قال الزوج "أنت طالق على درهم أنت طالق على دينار" فقبلت تطلق بالمالين والمولى كالزوج والعبد كالمرأة في الكتابة في وجوهه. في التقريب[1] "أبرأتك على طلاقي" ينبغي أن يقع بالقبول. ولو قالت "على أن تطلقني" لا يبرأ ما لم يطلقها. وأصله في النكاح تزوّجها على طلاق فلانة يقع بالعقد وعلى أن يطلقها لا يقع ما لم يطلقها. **شب**[2] "أنت طالق على أن تعطيني ألفاً" يقع بالقبول. لأنّ على التعليق الإيجاب بالقبول في المجلس لا بالفعل. وقال أبو الهيثم هو تعليق بالإعطاء. قال الشهيد فعلى هذا لو قال "أنت طالق" بأن شرط له فلان خير عن دهي فقبلت في المجلس يقع.[3] **شب**[4]

قالوا فعلى هذا لو قالت أبرأتك على أن تعطيني صكاً يقع ويبرأ [٣١٩/أ] بالقبول. **جت**[5] قيل وكذا في قولها أبرأتك وطلقني وفي قولها فطلقني لا يبرأ إلا بالطلاق أو بكتبه الصك. ولو قال لها أنت طالق وعليك ألف أو قال لعبده أنت حرّ وعليك ألف يقع الطلاق والعتق مجاناً. وقالا هو شرط. ولو قالت طلقني أو أخلعني ولك ألف ففعل طلقت مجاناً وقالا بألف. ولو قالت طلقني ثلاثاً على أن لك ألفاً وكانت مطلّقة ثنتين فطلقها واحدة فله الألف كقولها[6] طلقني أربعاً بألف فطلقها ثلاثاً. **جع**[7] **بق**[8] إذا أبرأته بشرط أن يطلقها لم يبرأ حتّى يطلقها في المجلس.

قلت واختلف في قولها أبرأتك بالطلاق والصك أو بشرط الطلاق والصك. والأصحّ أن في الأوّل تطلق ويبرأ بالقبول في المجلس وفي الثاني ما لم يوجد الشرط.

---

[1] لأبي الحسين بن أبي بكر القدوري كتاب التقريب في مسائل الخلاف بين أبي حنيفة وأصحابه مجردا عن الدلائل ثم صنف التقريب الثاني فذكر المسائل بأدلتها. ابن قطلوبغا تاج التراجيم فيمن عساه يشتهر بنسب أو لقب ٢/١.

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] [illegible] الطلاق. المحيط البرهاني ٦١١/٣.

[4] شب : شرح بكر خواهر زاده

[5] جت : جمع التفاريق للبقالي

[6] ق : بقولها

[7] جع : جمع العلوم للبقالي

[8] بق : بقالي



٣٨. ٣ باب في المبارأة

قال:[١] **والمبارأة[٢] كالخُلع.**

لأنّها تقتضي البراءة من الجانبين في المغرب بارءً شريكه أبرأ كلّ واحد منهما صاحبه. ومنه قولهم المبارأة كالخُلع وترك الهمزة خطأ.

قال: **والخُلع والمبارأة يسقطان كلّ حقّ لكلّ واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلّق بالنكاح عند أبي حنيفة.**

وقال محمد لا يسقط فيهما إلا ما سمياه. وأبو يوسف في الخُلع مع محمد. وفي المبارأة مع أبي حنيفة لمحمد أن هذه معاوضة. وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير. ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين وإنه مطلق. لكنّه قيد بحقوق النكاح لدلالة الغرض عليه. وأما الخُلع فمقتضاه الانخلاع. وقد حصل في خُلع قيد النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام. ولأبي حنيفة أن الخُلع ينبئ عن الفصل. ومنه خُلع الفعل وخُلع العمل. وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه. وعن شيخ الإسلام نجم الأئمّة البخاري معنى المبارأة بالخ حي ينوي دا أي بيزار ياد مسكا سيا من.

---

١ المبارأة بين الزوجين تكون ... المبارأة. الفقه

٢ ... عوضا. الموسوعة الفقهية ١/١٤٣.

قلت وكذا لو قالت بزار فا مكرخي جو ملك كران دمامسراتك بيزاراك ففعل وذلك في مذاكرة التسريح كان مبارأة. فأما إذا أبرأت زوجها عن جميع الحقوق وقبل الزوج ذلك لا يبرأ. ولا يقع الطلاق. قخ[1] جص[2] أما الطلاق بمال فيه روايتان عن أبي حنيفة. والأصحّ أنّه لا يوجب البراءة عن حقوق النكاح. وإن كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلف المشايخ فيه على قوله. هـ[3] وإن ضمن الأب المهر يعني في خُلع بنته الصغيرة قبل الدخول وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله. ويلزمه خمسمائة استحساناً. وفي القياس يلزمه الألف. وأصله في الكبيرة إذا [٣١٩/ب] اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة. وفي الاستحسان لا شيء عليها. لأنّه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها. والله أعلم بالصواب.[4]

---

[1] قخ : قاضي خان

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] ه : هداية

[4] ف : - والله أعلم بالصواب



٣٩ كتاب الظهار



اعلم[1] أن الظهار[2] كان طلاقاً في الجاهلية فنقله الشرع إلى تحريم يرتفع بالكفّارة لما روي أن خولة رضي الله عنها امرأة أوس بن الصامت[3] رضي الله عنه جاءت مشتكية إلى رسول الله وقد ظاهر منها زوجها فأنزل الله سبحانه

---

[1] مجازا. فتح القدير ٤/٢٤٥.

[2] اعلم بأن الظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة من

الظهار. المبسوط

[3] وحدتي. الطبقات الكبرى ٣/٥٤٧.

وتعالى ﴿ **قد سمع الله قول الّتي تجادلك في زوجها** ﴾[1] الآيات الثلاث. والظهار تشبيه امرأته أو عضو منها يعبّر به عن جميع البدن أو جزء شايع منها بامرأة لا تحلّ له على التأبيد أو بعضو منها لا تحلّ له النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ ونحوها إذا عرفنا هذا حيناً إلى مسائل الكتاب.

---

[1] المجادلة ٥٨/١



١.٣٩ باب في ألفاظ الظهار

قال الشيخ: **إذا قال الزوج لامرأته "أنت عليّ كظهر أمي" حرمت عليه لا يحلّ له وطئها ولا لمسها ولا تقبيلها حتّى يكفّر عن ظهاره.**

لقوله تعالى ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم ثمّ يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا** ﴾[١] ولأنّ الظهار لما كان جناية لكونه ﴿ **منكراً من القول وزوراً** ﴾[٢] فناسب المجازاة بالحرمة الموقّتة بالكفّارة ثمّ لما حرم الوطئ حرم بدواعيه حذر الوقوع فيه كما في الإحرام والاعتكاف بخلاف الحيض والصوم دفعاً للحرج الغالب.

قال: **فإن وطئها قبل أن يكفّر استغفر الله عزّ وجلّ.[٣] ولا شيء عليه غير الكفّارة الأولى. ولا يعاود حتّى يكفّر.**

لما روي أن سلمة بن صخر ﷺ ظاهر من امرأته فخرج في ليلة مقمرة فأعجبته فوقع عليها ثمّ أخبر بذلك رسول الله ﷺ فقال ﷺ « **استغفر الله ولا تعُدْ حتّى تكفّرَ** »[٤]

قال: **والعود الذي تجب به الكفّارة أن يعزم على وطئها.**

وقال الشافعي الكفّارة تجب بالظهار والعود هو إمساكها على النكاح عقيب الظهار زماناً يمكنه طلاقها. فإذا طلقها عقيب الظهار سقط الظهار زماناً يمكنه طلاقها. فإذا طلقها عقيب الظهار سقط الظهار لقوله تعالى ﴿ **فتحرير رقبة** ﴾[٥] وهذا يقتضي وجوب الكفّارة عزم على وطئها أو لم يعزم ولحديث أوس

---

[١] المجادلة ٢/٥٨

[٢] المجادلة ٣/٥٨

[٣] ق : تعالى

[٤] أبو داود السنن **"طلاق"** ١٦؛ الترمذي السنن **"طلاق"** ١٩؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ٣٣؛ ابن ماجه السنن **"طلاق"** ٢٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٤٤/٣.

[٥] المجادلة ٣/٥٨

رضي الله عنه. ولنا أنّه تعالى ذكر العود بلفظ التراخي وأنه ينفي أن يكون الإمساك عقيب الظهار عوداً أو نقل عن أئمة التفسير أن المراد به والله أعلم أن يعزم على وطئها. شق[1] قال أصحابنا إذا عزم على وطئها تجب الكفّارة. فإن بدا له في الوطئ سقطت عنه. [٣٢٠/أ] فكأنها عندهم لا تجب وجوباً مستقراً. وعند الشافعي وجوبها مستقر.

قال: **وإذا قال "أنت عليّ كبطن أمّي" أو "كفخذها" أو "كفرجها" فهو مظاهر.**

لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة[2] وأنه يتحقّق في كلّ عضو لا يجوز النظر إليه.

قال: **وكذلك إن شبّهها بمن لا يحلّ له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل عمّته أو أخته أو أمّه من الرضاعة.**

لأنّهنّ في الحرمة المؤبّدة كالأمّ.

قال: **وكذلك إذا قال "رأسك عليّ كظهر أمي" أو "فرجك" أو "وجهك" أو "رقبتك" أو "نصفك" أو "ثلثك".**

لأن هذه الأعضاء يعبّر بها عن البدن والحكم في الشائع تثبت ثمّ يتعدى على ما مرّ في الطلاق.

قال: **وإذا قال "أنت عليّ مثل أمي" أو "كأمي" يرجع إلى نيته. فإن قال "أردت به[3] الكرامة" فهو كما قال.**

لأن التكريم بالتشبيه شائع في الكلام.

قال: **وإن قال "أردت الظهار" فهو ظهار.**

لأنّه تشبيه بالكلّ فيضمن بالظهر.

قال: **وإن قال "أردت الطلاق" فهو طلاق بائن.**

لأنّه تشبيه بالأم في الحرمة.

قال: **فإن لم يكن له نيّة فليس بشيء**

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] ف : بالحرمة

[3] ف : – به

عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة. وقال محمد ظهار. لأنّ التشبيه ببعضها لما كان[1] بدون النّيّة فالتشبيه بكلها أولى وإن عنى التحريم لا غير. فعند أبي يوسف إيلاء. لأنّه أدنى في الحرمات. وعند محمد ظهار لكاف التشبيه. ولو قال "أنت عليّ حرام كأمي" ونوى ظهاراً أو طلاقاً كان ذلك وإن لم يكن له نيّة. فعند أبي يوسف إيلاء. وعند محمد ظهار لما مرّ. ولو قال "أنت عليّ حرام كظهر أمي" ونوى طلاقاً أو إيلاء فهو ظهار عند أبي حنيفة. وقالا هو عليّ ما نوى لكن عند أبي يوسف إذا نوى طلاقاً فهو طلاق وظهار. وكذا إذا نوى إيلاءً.

قال: **ولا يكون الظهار إلا من زوجته. فإن ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً.**

لقوله تعالى ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم** ﴾[2] خصّه بالزوجات. ولأنّ الظهار نقل عن الطلاق. ولا طلاق في الأمة. ولو تزوّجها بغير إذنها ثمّ ظاهر منها ثمّ أجازت فالظهار باطل. لأنّه صادق في التشبيه.

قال: **ومن قال لنسائه "أنتُنّ عليّ كظهر أمي" كان مظاهراً من جماعتهنّ وعليه لكلّ واحدة[3] كفارة.**

لأنّه أضاف الظهار إليهنّ فثبتت الحرمة في كلّ واحدة كالطلاق والكفّارة. لأنّها الحرمة فيتعدّد يتعدّدها بخلاف الإيلاء منهنّ. لأنّ الكفّارة فيه لصيانة حُرمة اسم الله تعالى و لم يتعدّد ذكره.

٣٩. ١. ١ فصل في كفّارة الظهار

[٣٢٠/ب] قال: **وكفّارة الظهار عتق رقبة. فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً.**

لأن آية الظهار تفيد الكفّارة على هذا الترتيب.

قال: **كلّ ذلك قبل المسيس.**

أما في الإعتاق والصيام فللنص. وأما في الإطعام فلأنّه منهية للحرمة فلا تثبت الحل قبله.

قال: **ويجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير.**

وقال الشافعي الإسلام شرط. لأنّ الكفّارة حقّ الله تعالى. فلا يجوز صرفه إلى عدوه كالزكاة. ولنا إطلاق النصّ فيتناول الكل.

---

[1] ف، ق : + ظهارا

[2] المجادلة ٣/٥٨

[3] ق : + منهن

قال: **ولا يجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين.**

لفوات جنس منفعة البصر والبطش والمشي وفوات الجنس قائم مقام النفس في الديات فكان فاحشاً فكان مانعاً.

قال: **ويجوز الأصمّ.**

والقياس أن لا يجوز كما ذكر في النوادر. وفي الاستحسان يجوز. لأنّ أصل المنفعة باقٍ يسمع بالصباح. هـ[1] حتّى لو كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصمّ وهو الأخرس لا يجوز.

قال: **ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف.**

لعدم فوات الجنس حتّى لو كان قطعهما من جانب واحد لم يجز لفوات الجنسين.[2]

قال: **ولا يجوز مقطوع إبهام اليدين.**

لأن قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت البطش.

قال: **ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل.**

لأنّه فاتت المنافع. هـ[3] والذي يجنّ ويفيق يجزيه. لأنّ الاختلاف غير مانع.

قال: **ولا يجوز عتق المدبّر وأمّ الولد.**

لأنهما استحقّا الحرّية بجهة أخرى فكان الرقّ فيهما ناقصاً

قال: **والمكاتب الذي أدّى بعض المال.**

لأنّ إعتاقه يكون ببدل. وعن أبي حنيفة أنّه يجزيه لقيام الرقّ من كلّ وجه. ولهذا يقبل الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير. فإنهما لا يقبلانه.

قال: **فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز.**

خلافاً للشافعي كالمدبّر. ولنا قوله ﷺ « **المكاتب عبد ما بقي عليه درهم** »[1] والكتابة لا ينافيه. فإنه فكّ الحجر فشابه المأذون. لكنّه متى أدى شيئاً منه يكون إعتاقاً بعوض فلا يجزيه.

---

١ ه : هداية
٢ ق : الجنس
٣ ه : هداية

قال: **وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفّارة جاز عنها**.

وقال زفر والشافعي لا يجوز. لأنّ العتق مستحقّ بجهة القرابة كالمعلّق عتقه بالشراء. ولنا قوله ﷺ « **لن يجزِيَ ولدٌ والدَه إلا أن يجدَه مملوكاً [٣٢١/أ] فيشترِيه فيُعتِقه** »[٢] سمّاه معتقاً. فدلّ على حصول العتق من جهته.

قال: **وإن أعتق نصف عبد مشترك عن كفارته وضمن قيمة باقيه فأعتقه لم يجزه عند أبي حنيفة**

وعندهما يجزيه إذا كان موسراً. لأنّه يتملك نصيب شريكه بالضمان فيصير معتقاً كلّه عن الكفّارة وهو ملكه فيجزيه بخلاف المعسر. لأنّه لما وجبت السعاية في نصيب شريكه فتكون إعتاقاً بعوض فلا يجزيه. ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه لفساد الملك فيه ثمّ يتحوّل إليه بالضمان ناقصاً. وإعتاق الناقص لا يجزيه بخلاف ما إذا أعتق نصف عبده عنها ثمّ أعتق باقيه جاز عنها. لأنّ نقصان النصف الثاني حصل في ملك المعتق فكان واقعاً عن الإعتاق الواجب كمن أضجع شاته للتضحية فأصاب السكين عينها فاعورت يجزيه. وفي الأوّل حصل في ملك الشريك فلم يقع عن كفارته. أما عندهما فالإعتاق لا يتجزّئ فكان إعتاق بعضه إعتاق كله.

قال: **وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثمّ أعتق باقيه عنها جاز**.

لما مرّ.

قال: **وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثمّ جامع الّتي ظاهر منها ثمّ أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة**.

لأن الإعتاق يتجزّئ عنده. وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنصّ ولم يقع قبله. وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكلّ فحصل الكلّ قبل المسيس.

قال: **فإن لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيّام التشريق**.

أما التتابع فلصريح النصّ. وأما شهر رمضان فلأنّه يقع عن الفرض فلا ينوب عن الكفّارة. والصوم في هذه الأيّام منهي عنه فكان ناقصاً فلا ينوب عن الواجب الكامل.

---

[١] الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٥؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٤٠٥/٨؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣١٦/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٢٤/١٠؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٤٦/٣.

[٢] مسلم الصحيح "**عتق**" ٢٥؛ أبو داود السنن "**أدب**" ١٢٠؛ الترمذي السنن "**برّ**" ٨.

قال: **فإن جامع الّتي يظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد.**

لما مرّ. وقال أبو يوسف لا يستأنف. لأنّه لا يفسد الصوم فلا يمنع التتابع. ولهما أن النصّ يقتضي خلو الصوم عن الجماع فيه. وذلك في المستأنف.

قال: **وإن أفطر يوماً منها لعذر أو غير عذر استأنف.**

لفوات التتابع.

قال: **وإذا ظاهر العبد لم يجزه في الكفّارة إلا الصوم. فإن أعتق المولى عنه أو أطعم عنه لم يجزه.**

لأنّه ليس من أهل الملك. فلا يكون مالكاً بتمليكه.

قال: **فإن لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستّين مسكيناً كلّ مسكين نصف صاع من برّ أو صاعاً من تمر أو شعير أو قيمة ذلك.**

لقوله تعالى ﴿ **فمن** [٣٢١/ب] **لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً** ﴾[1] وأما نصف الصاع فلأنّه يندفع به حاجته اليوم فيقدر به كصدقة الفطر من الآثار المشهورة. وأما جواز أداء القيمة فمذهبنا على ما مرّ في كتاب الزكاة. **ه**[2] فإن أطعم منّاً من برّ ومنوين من تمر جاز لحصول المقصود. وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه. لأنّه استقراض معنى والفقير قابض له أولاً ثمّ لنفسه فيتحقّق تمكله ثمّ تمليكه.

قال: **فإن غدّاهم وعشّاهم جاز قليلاً ما أكلوا أو كثيراً.**

لوجود حقيقة إطعامهم. وإنه حجّة على الشافعي في اشتراط التمليك كما في الزكاة وصدقة الفطر. وإنا نقول المأمور فيهما الإيتاء والتمليك ولا كذلك ههنا. لأنّ المأمور هو الإطعام. وهو التمكين من الطعام وقد وجد وإلا دام شرط في خبز الشعير دون خبز الحنطة. ولو كان فيهم صبي فطيم لا يجزيه.

قال: **وإن أعطى مسكيناً واحداً ستّين يوماً أجزأه. وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه.**

لأن المقصود منها سدّ خلّة المحتاج. والحاجة يتجدد في كلّ يوم فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره.

قال: **وهذا في الإباحة بلا خلاف. وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات.**

---

[1] المجادلة ٥٨/٤

[2] ه : هداية

فقد قيل لا يجزيه. وقيل يجزيه. لأنّ الحاجة إلى التمليك يتجدّد في يوم واحد بخلاف ما إذا دفعها بدفعة واحدة. لأنّ التفريق واجب بالنصّ.

قال: **وإن قرب الّتي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف.**

لأنّه تعالى لم يشرط في الإطعام[1] تقدمه على المسيس. ولو أطعم عن ظهارين ستّين مسكيناً كلّ واحد منهم صاعاً لم يجزه إلا عن أحدهما. وقال محمد يجزيه عنهما. لأنّ بالمؤدي وفاء بهما والمصرف محلّ لهما فيجزيه كما لو اختلف السبب. ولهما أن النّيّة في الجنس الواحد لغو دون الجنسين والمؤدى يصلح كفّارة واحدة. لأنّ ذلك نصف الصاع يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عن واحدة كما لو نوى أصل الكفّارة.

قال: **ومن واجب[2] عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي أحدهما بعينها[3] جاز عنهما. وإن صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً جاز.**

لأن الجنس متّحد فلا حاجة إلى نيّة التعيين.

قال: **وإن أعتق رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيتهما شاء.**

وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجزه.[4] وقال الشافعي له أن يجعل عن أيتهما شاء في الفصل كالمتّحد. وقال زفر لا يجزيه فيهما [٣٢٢/أ] كالمختلف. ولنا أن النّيّة في المتّحد لغو. لأنّه لا يفيد وفي المختلف لازم. لأنّه مفيد. ألا ترى أنّه إذا كان عليه قضاء يومين من رمضان فقضى يوماً عنه يجزيه عن أحدهما. ولو كان عليه قضاء يومين أحدهما من رمضان والآخر من النذر فلا بدّ من نيّة التعيين.[5]

---

[1] المجادلة ٤/٥٨
[2] ف، ق : وجب
[3] ق : بعينه
[4] ق : - وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجزه
[5] ف، ق : + والله أعلم



٤٠ كتاب اللعان[1]



الأصل[2] في ثبوت اللعان[3] حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنّه قال « **كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة فجاء رجل من الأنصار فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً. فإن قتل قتلتموه وإن تكلّم جلدتموه. وإن سكت سكت على[4] غيظ. فقال** عليه السلام **"اللهم افتح" فنزلت آية اللعان** »[5] فنُقل حكم حدّ القذف من الجلد إلى اللعان.

يلاعن. المبسوط

القاموس. البحر

الرائق ١٢١/٤.

٤ ف : عن

٥ مسلم الصحيح **"لعان"** ١٠؛ أبو داود السنن **"طلاق"** ٢٦.



٤٠. ١ باب شرائط وجوب اللعان

قال:[1] **إذا قذف الرجل امرأته بالزنى وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحدّ قاذفها أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان.**

والأصل فيه عندنا أن اللعان شهادات مؤكّدات بالأيمان مقرونة باللعن أو الغضب قائمة مقام حدّ القذف في حقّه ومقام حدّ الزنا في حقّها لقوله تعالى ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداءُ إلا أنفسُهم** ﴾[2] والاستثناء لا يكون إلا من الجنس. ثمّ قال ﴿ **فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله** ﴾[3] نصّ على الشهادة واليمين. فلهذا قلنا الركن هو الشهادة المؤكّدة باليمين ثمّ قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً. وهو قائم مقام حدّ القذف وفي جانبها بالغضب. وهو قائم مقام حدّ الزنا إذا ثبت هذا فنقول لا بدّ من أن يكونا من أهل الشهادة. لأنّ الركن فيه الشهادة. ولا بدّ أن تكون هي ممن يحدّ قاذفها حتّى تجب بقذفها ما يقوم مقامه. وإنّما يجب اللعان بنفي الولد. لأنّه لما نفى ولدها صار قاذفاً لها. فإن قيل لا يلزم من نفي الولد الزنا لجواز أن يحصل بالوطئ عن شبهة. قيل له الأصل في النسب الصحيح لا الفاسد الملحق به. فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتّى يظهر الملحق به.

قال: **فإن امتنع**[4] **حبسه الحاكم حتّى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد.**

---

[1] ولده. بدائع الصنائع ٣/٢٤٠.

[2] النور ٦/٢٤

[3] النور ٦/٢٤

[4] ق : + منه

وقال الشافعي إذا امتنع يحدّ حدّ القذف. لأنّ موجب القذف الحدّ عنده وله أن يسقطه باللعان. فإذا امتنع ثبت موجبه الأصلي. وعندنا موجبه اللعان. فإذا امتنع امتنع[1] عن حقّ مستحقّ عليه مع القدرة على إيفائه. فيحبس به كالديون حتّى يوفيه أو يكذب نفسه فيحد.

قال: **فإن لاعن وجب [٣٢٢/ب] عليها اللعان. فإن امتنعت حبسها الحاكم حتّى تلاعن أو تصدقه.**

لأنّه حقّ مستحقّ عليها. وهي[2] تقدر على إيفائه فتحبس فيه.

قلت وذكر الصدر الشهيد في الوسيط أنّها إذا امتنعت تحدّ حدّ الزنا وليس هذا مذهبنا. بل هو مذهب الشافعي. وإنّما تحبس عندنا حتّى تصدقه. هكذا ذكره الكرخي في مختصره والقدوري في شرحه والحاكم الشهيد في الكافي. ثمّ إذا صدقته لا تحدّ أيضاً. لأنّ الإقرار مرّة لا يكفي لوجوب الحدّ[3] حدّ الزنا.

قال: **فإن كان الزوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد.**

لأنّه ليس من أهل الشهادة فامتنع لعانه فيحدّ كما لو أكذب[4] نفسه.

قال: **وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحدّ قاذفها فلا حدّ عليه في قذفه ولا لعان.**

لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها يسقط عنه كما إذا صدقته. والأصل فيه قوله ﷺ « **أربعة لا لعانَ بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت مسلم أو المملوكة تحت الحرّ والحرّة تحت المملوك** »[5] هـ[6] ومن لا يحدّ قاذفها كالصبية والمجنونة والزانية.

قال: **وصفة اللعان أن يبتدي القاضي بالزوج فيشهد أربع مرّات يقول في كلّ مرّة "أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى." ثمّ تقول في الخامسة "لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى" يشير إليها في جميع ذلك. ثمّ تشهد المرأة أربع مرات تقول في كلّ مرّة "أشهد بالله أنّه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى." وتقول في الخامسة "غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا"**

---

[1] ق : – امتنع

[2] ف : وهو

[3] ف، ق : – الحد

[4] ق : كذب

[5] ابن ماجه السنن **"طلاق"** ٢٧؛ عبد الرزاق **"مصنف"** ١٢٧/٧؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٩٦/٧.

[6] ه : هداية

لما تلونا من النصّ. هـ[1] وروى الحسن عن أبي حنيفة أنّه يأتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا. لأنّه أقطع للاحتمال.

قال: **فإذا التعنا فرّق القاضي بينهما.**

وقال زفر تثبت الفرقة بتلاعنهما. وقال الشافعي تثبت بالفراغ من لعان الزوج لقوله ﷺ « **المتلاعِنان لا يجتمعان أبداً** »[2] ولنا نزول اللعن أو الغضب أوجب حرمة الاستماع مجازاة على الكذب ففات الإمساك بالمعروف فلزمه التسريح بالإحسان. فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظلم دلّ عليه ما روى أبو داود « **أنّ النبيّ ﷺ لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته قال له** [٣٢٣/أ] **لصحابة فارقها قبل أن يأمر النبي بفراقه قال كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً فنفذ ﷺ طلاقه** »[3] فقول الصحابة بالمفارقة أو تطليقه إياها بعد التلاعن. وتنفيذ النبي ﷺ كلّها بنفي الفرقة بلعان الزوج وبالتلاعن أيضاً. شط[4] ك[5] ولو بدئ بلعان المرأة يعيد اللعان عليها ليوافق المشروع. فإن فرق قبل الإعادة صحّ. لأنّ التفريق بعد لعان الزوج يصحّ للاختلاف. فهذا أولى. وكذا لو فرق بعد وجود أكثر اللعان. ولو مات القاضي قبل التفريق أو عُزل يستقبل الثاني خلاف محمد. لأنّه يمين.

قال: و[6]**كانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف تحريم مؤبد.**

وهو قول زفر لقوله ﷺ « **المتلاعنان لا يجتمعان أبداً** »[7] ولنا أن الإكذاب رجوع عن الشهادة. ولا حكم للشهادة بعد الرجوع. ومعنى الحديث ما داما متلاعنين. فإن أكذب نفسه فأقيم عليه الحدّ زال حكم اللعان فلم يبقيا متلاعنين.

قال: **وإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمّه.**

لأن النبي ﷺ نفى نسب ولد امرأة هلال بن أمية عنه وألحقه.

قلت وصورة اللعان فيه أن يأمر القاضي الزود فيقول "أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد" وفي جانب المرأة. هـ[1] ولو قذفها بالزنى ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين. ثمّ ينفي الحـــاكم

---

[1] ه : هداية

[2] أبو داود السنن **"طلاق" ٢٥**؛ الدارقطني السنن **٣/٢٧٦**؛ البيهقي "السنن الكبرى" **٧/٤٠٩**.

[3] أبو داود السنن **"طلاق" ٢٦**؛ عبد الرزاق **"مصنّف" ٧/١١٨**.

[4] شط : شرح الطحاوي

[5] ك : الكفاية للبيهقي

[6] أ : + لو

[7] أبو داود السنن **"طلاق" ٢٥**؛ الدارقطني السنن **٣/٢٧٦**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٧/٤٠٩**.

الولد والحكم بنفي الولد يتضمّن التفريق. وعن أبي يوسف لا بدّ من ذكره. ك[2] قذفها الزوج فلم يلتعنا حتّى طلقها بائنة فلا حدّ ولا لعان. وإن تزوّجها بعد لزوال النكاح حتّى لو كان الطلاق رجعياً يلاعن لبقاء النكاح.

قال: **فإن عاد الزوج فأكذب نفسه حدّه القاضي. وحلّ له أن يتزوّجها**

خلاف أبي يوسف وزفر لما مرّ.

قال: **وكذلك إن قذف غيرها فحد أو زنت فحدت.**

لانتفاء أهلية اللعان.

قال: **وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما.**

لأنّه لا يحدّ الأجنبي بقذفها فلا يلاعن الزوج. لأنّه خلف عنه. هـ[3] وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً.

قال: **وقذف الأخرس لا يتعلّق به اللعان.**

خلاف الشافعي. لأنّ إشارته كعبارته. ولنا أنّه لا يعري عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات.

قال: **وإذا قال الزوج "ليس حملك مني" فلا لعان.**[4]

وقال يجب اللعان إذا جاءت بالولد لأقل من ستّة أشهر لتيقننا بنفي الولد. وله أنا لم نتيقن بالولد فلا يصير قاذفاً في الحال. فلو صار بعده يصير كالمعلّق بالشرط. ولا يصحّ تعليق [٣٢٣/ب] القذف بالشرط.

قال: **وإذا قال "زنيت وهذا الحمل من الزنا" تلاعنا. ولم ينف القاضي الحمل.**

أما التلاعن للقذف بالزنا. وإنّما لم ينف القاضي الحمل لما مرّ. ولأنّه لا يعلم أن حملها ولد أم ريح. وهذا الحرف حجّة على الشافعي في نفيه الحمل.

---

[1] ه : هداية

[2] ك : الكفاية للبيهقي

[3] ه : هداية

[4] ق : + بينهما

٤٠. ١. ١ فصل في نفي الولد

قال: **وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة في الحال الّتي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صحّ نفيه ولاعن به. وإن نفاه بعد ذلك لاعن وثبت[١] النسب. وقالا يصحّ نفيه في مدّة النفاس.**

لأن النفاس أثر الولادة. وفي حكمها في حقّ سائر الأحكام. فكذا في هذا الحكم. وله أن قبول التهنئة وابتياع آلة الولادة دليل القبول. وكذا سكوته في هذا الزمان. لأنّ السكوت كالنطق في كثير من الأحكام. فكذا ههنا احتيالاً لثبوت النسب. هـ[٢] ك[٣] ولو كان غائباً و لم يعلم بالولادة ثمّ قدم تعتبر المدّة الّتي ذكرناها على الأصلين.

قال: **وإذا ولدت ولدين في بطن واحدة فنفى الأوّل واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحدّ الزوج.**

لأنهما خُلقا من ماء واحد. وإنّما حدّ. لأنّه أكذب نفسه.

قال: **وإن اعترف بالأوّل ونفي الثاني ثبت نسبهما.**

لما مرّ.

قال: **ولاعن.**

لأنّه قاذف بنفي الثاني. و لم يرجع عنه. والإقرار بالعفة سابق على القذف فيلاعن. ك[٤] النسب يثبت بإقرار الزوج وسكوته عند التهنئة إلا في الأمة. ويثبت حكماً أيضاً بأن قذف المرأة قبل اللعان أجنبي بالولد الذي جاءت به فحده القاضي ثبت نسب الولد من الزوج وسقط[٥] اللعان. لأنّ حدّ الأجنبي تكذيب له حكمًا. ولو كان علوق الولد في حال لا لعان بينهما بأن كانت أمه أو كتابية ثمّ أعتقت أو أسلمت فنفى ولدها لا ينتفي النسب ولا تلاعن.[٦] ولو نفى ولد الحرّة فصدقته فلا حدّ ولا لعان وثبت[٧] النسب. لأنّ

---

[١] ف، ق : يثبت

[٢] ه : هداية

[٣] ك : الكفاية للبيهقي

[٤] ك : الكفاية للبيهقي

يثبت

النسب حقّ الولد ثمّ ولدت آخر بيوم لزماه واللعان ماض. لأنّها صارت أجنبية. وولد الأجنبية لا ينتفـــي باللعان فثبت نسبه فثبت نسب الأوّل ضرورة.



٤١ كتاب العدّة



الأصل[1] في وجوب العدّة الآيات الدالّة عليها. والعدّة[2] هي التربّص الذي يلزم المرأة[3] بزوال النكاح أو بالوطئ بشبهة. وهي على ثلاثة أضرب بالحيض وبالشهور وبوضع الحمل على ما يأتيك بيانها مفصلاً إن شاء الله تعالى.



٤١. ١ باب أقسام العدّة

٤١. ١. ١ فصل في عدّة الحيض

قال الشيخ: **إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً[١] أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرّة ممن تحيض فعدّتها ثلاثة أقراء.**

لقوله تعالى ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾[٢] والفرقة بغير طلاق في معنى الطلاق. لأنّ عدّة الحائل وجبت [٣٢٤/أ] للتفرق عن براءة الرحم وصوناً لماء الزوج عن الاشتباه. ويستوي فيه الطلاق والفرقة.

قال: **والأقراء الحِيَض.**

وقال الشافعي الأطهار. شق[٣] صورته طلقها في الطهر فعندنا تنقضي عدّتها بخروجها من الحيضة الثالثة. وعند الشافعي بدخولها فيها. واللفظ حقيقة فيهما. وهو من الأضداد. وكذا قاله ابن المسيب والحمل على الحيض أولى لوجوه.[٤]

أحدها أنّه أوجب ثلاثة أقراء كوامل. وذلك في الحيض دون الأطهار. لأنّه يعتدّ بجزء الطهر الذي وقع فيه الطلاق وإن قلّ.

---

[١] ق : + أو رجعيا

[٢] البقرة ٢٢٨/٢

[٣] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[٤] الأطهار. عمدة القاري ٢٤٠/٣٠.

والثاني أنّها وجبت للتعرف عن براءة الرحم والمعرّف الحيض دون الطهر.

والثالث أن عدّة الحرّة والأمة لا يفرقان في الجنس. وعدّة الأمة بالحيض لقوله ﷺ « **وعـــدتها حيضتان** »[1] فكذا عدّة الحرّة.

٤١. ١. ٢ فصل في عدّة الأشهر

قال: **وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدّتها ثلاثة أشهر.**

لقوله تعالى ﴿ **والللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائـــي لم يحضن** ﴾[2] **جص**[3] وكذا إذا بلغت بالسن و لم تحض بعد. وإن بلغت ثلاثين سنة فصاعداً لقولـــه تعـــالى ﴿ **واللائي لم يحضن** ﴾[4] **شب**[5] بلغت مدّة الإياس تعتدّ بالأشهر. ولا يحتاج إلى قضاء القاضي.

٤١. ١. ٣ فصل في عدّة الحمل

قال: **وإن كانت حاملاً فعدّتها أن تضع حملها.**

لقوله تعالى ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾[6] **ك**[7] وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وإن كان ساعة من وقت الفراق أمة كانت أو حرّة بالنصّ.

٤١. ١. ٤ فصل في عدّة الأمة

قال: **وإن كانت أمة فعدّتها حيضتان.**

لقوله ﷺ « **طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان** »[8] ولأنّ الرقّ منصف. والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت حيضتين. وإليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً.

قال: **وإن كانت لا تحيض فعدّتها شهر ونصف.**

---

[1] أبو داود السنن **"طلاق"** ٦؛ الترمذي السنن **"طلاق"** ٧؛ ابن ماجه السنن **"طلاق"** ٣٠.

[2] الطلاق ٤/٦٥

[3] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[4] الطلاق ٤/٦٥

[5] شب : شرح بكر خواهر زاده

[6] الطلاق ٤/٦٥

[7] ك : الكفاية للبيهقي

[8] أبو داود السنن **"طلاق"** ٦؛ الترمذي السنن **"طلاق"** ٧؛ ابن ماجه السنن "طلاق" ٣٠.

لما مرّ. وإن كانت حاملاً فعدّتها أن تضع لإطلاق ما تلونا.

٤١. ١. ٥ فصل في عدّة الوفاة

قال: **وإذا مات الرجل عن امرأته الحرّة فعدّتها أربعة أشهر وعشر.** **شس**[١] **جص**[٢]

العشر عشرة أيّام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا. وقال ابن عمر رضي الله عنهما عشر ليال وتسعة أيّام لقوله تعالى ﴿ **والذي يُتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾[٣]

قال: **وإن كانت أمة فعدّتها شهران وخمسة أيّام**

لما ذكرنا.[٤]

قال: **وإن كانت حاملاً فعدّتها أن تضع حملها.**

لقوله تعالى ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن** ﴾[٥] **ك**[٦] **تح**[٧] **شط**[٨] وقال علي رضي الله عنه عدّتها أبعد الأجلين عملاً بالآيتين. ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه من شاء بأهلته أن سورة النساء القصوى نزلت بعد الّتي في سورة البقرة.[٩] وأمر النبي عليه السلام سُبيعة بنت الحارث[١٠] رضي الله عنها لما وضعت الحمل بعد موت زوجها [٣٢٤/ب] بأيام

---

١ شس : شرح السرخسي

٢ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٣ البقرة ٢/٢٣٤

٤ ف، ق : لقوله تعالى والذي يُتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وإن كانت أمة فعدّتها شهران وخمسة أيّام لما ذكرنا العشر عشرة أيّام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا. وقال ابن عمر عشر ليال وتسعة أيّام

٥ الطلاق ٦٥/٤

٦ ك : الكفاية للبيهقي

٧ تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

٨ شط : شرح الطحاوي

العدة. المبسوط

أن تتزوّج. وعن عمر رضي الله عنه أنّه قال لو وضعت ما في بطنها وزوجها على سريره لا تقضي عدهّا وحلّ لها أن تتزوّج. **تح**[1] انقضاء عدّهّا بوضع حملها إذا كان تاماً أو سقطاً مستبين الخلق أو بعضه قصرت المدّة أو طالت.

قلت واستبانه خلقه أن يتميز من الدم والعلقة والمضغة بظهور وجه أو يد أو رجل أو ظفر أو ذكر ونحوها. **جش**[2] **م**[3] السقط الذي استبان خلقه لا يكون في أقلّ من أربعة أشهر. قال محمد والأربعة الأشهر وقت في السقط كما أن الستّة الأشهر في الولد التام.

قال: **وإذا ورِثت المطلّقة في المرض فعدّهّا أبعد الأجلين.**

وقال أبو يوسف ثلاث حيض.

قلت معناه المطلّقة بائناً أو ثلاثاً بفرار الزوج عنها. والمطلّقة الرجعية تعتدّ عدّة الوفاة بالإجماع. ونعني بأبعد الأجلين العدّة بالأشهر إذا كانت أطول من العدّة بالحيض. والعدّة بالحيض إذا كانت أطول من العدّة بالأشهر.

قلت ويعتبر الحيض من وقت الطلاق لا الوفاة. **جش**[4] **جع**[5] **وب**[6] تعتبر شهور العدّة في الطلاق والوفاة بالأهلية إذا اتّفق ابتداؤها في الغرّة. وإلا فبالأيّام عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. ففي الطلاق تسعون يوماً. وفي الوفاة مائة وثلاثون يوماً. وعند محمد والرواية الأخرى عن أبي يوسف بكمال الشهر الأوّل من الأخير ثلاثين والباقي بالأهلة. **شصد**[7] وكذا الخلاف في الإجازة والدين ومدّة العنين بالأيّام إجماعاً وقد مرّ.

قال: **وإن أعتقت الأمة في عدّهّا من طلاق رجعي انتقلت عدّهّا إلى عدّة الحرائر.**

لقيام النكاح من كلّ وجه.

عمها. الطبقات الكبرى ٨/٢٨٧.

[1] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي
[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[4] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[5] جع : جمع العلوم للبقالي
[6] وب : واقعات برهاني
[7] شصد : شرح صدر القضاة

قلت[1] وقد يحصل الانتقال أربع مرّات كالأمة طلقها زوجها. فلما حاضت حيضة عتقت فانتقل عدّهّا إلى ثلاث حيض. فلما حاضت حيضة ثانية آيست فانتقلت إلى الأشهر. فلما مضى شهران عاوده الدم فصارت بالحيض. فلما كان اليوم الأخير من حيضها مات زوجها فانتقلت إلى أربعة أشهر وعشر.

قال: **وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدهّا.**

لزوال النكاح بالبينونة والموت.

قال: **وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثمّ رأت الدم انتقض ما مضى من عدهّا[2] وعليها أن يستأنف العدّة بالحيض.**

لأنّه بطل الإياس فتبين أن الشهور لم يكن خلفاً عن الحيض. **شق**[3] هذا على الرواية الّتي لم يقدر الإياس بالمدّة. وأما على الرواية الّتي قدر بها. فإذا عاودها الدم بعد تلك المدّة لم يكن [٣٢٥/أ] حيضاً. **ه**[4] معناه إذا رأت الدم على العادة. لأنّ عودها يبطل الإياس وذكر الأستاذي صدر الحياضين نور الأئمّة الحياض في تصانيفه في الحيض هذا إذا رأت الدم أسود أو أحمر. أما إذا رأت كدرة أو تربية أو صفرة ضعيفة لا يكون حيضاً. وفي الأسود والأحمر إنّما تبطل العدّة بالشهر قبل التمام لقدرهّا على الأصل قبل إنهاء حُكم البدل وبعده لا كالمتيمّم. إذا وجد الماء في خلال صلاته يبطل وبعدها لا هو الأصحّ. والمختار للفتوى. **ه**[5] ولو حاضت حيضتين ثمّ أيست يعتد بالشهور تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل.

٤١. ١. ٦ فصل العدّة في النكاح الفاسد

قال: **والمنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عدّهّا بالحيض في الفرقة والموت.**

لأنّها للتعرف عن[6] براءة الرحم لا لقاء حقّ النكاح والمعرف[7] الحيض.

قال: **وإذا مات مولى أمّ الولد عنها أو أعتقها فعدّهّا ثلاث حيض.**

وقال الشافعي حيضة كالاستبراء. ولنا أنّها وجبت عن وطئ لزوال الفراش فشابه عدّة النكاح. وقال عمر رضي الله عنه عدّة أمّ الولد ثلاث حيض. وإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر.

---

[1] ق : قال
[2] ق : + وكان
[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[4] ه : هداية
[5] ه : هداية
[6] ف، ق : من
[7] ف، ق : والمعروف

قال: **وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدّها أن تضع حملها.**

وقال أبو يوسف والشافعي عدّها أربعة أشهر وعشر لعدم تصور الولد منه. ولنا إطلاق قوله تعالى ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾[1] ولأنّها وجبت لقضاء حقّ النكاح لا للتعرف. ألا ترى أنّها تجب بالأشهر في ذوات الإقرار. وحق النكاح يقضى بوضع الحمل.

قال: **وإن حدث الحمل بعد الموت فعدّها أربعة أشهر وعشر.**

لأنّها وجبت بالأشهر. فلا تتغيّر بحدوث الحبل. ولا يلزم امرأة كبيرة إذا حدث بها الحبل بعد الموت. لأنّ النسب يثبت منه فكان كالقائم حكماً ولا كذلك في الصغير. **ه**[2] ولا يثبت نسبه في الوجهين. لأنّ الصبي لا ماء له. فلا يتصوّر العلوق منه. والنكاح إنّما يقام مقام الوطئ في صورة التصور.

قلت وحدوثه بعد الموت إنّما يعرف إذا جاءت به لستّة أشهر فصاعداً من وقت الموت. هكذا في **شط**[3] وفي **جع**[4] حبلت المطلّقة فعدّها بالوضع. **جت**[5] وكذا لو تزوّجت في عدّة الوفاة وحبلت. وعنه خلاف بخلاف عدّة الطلاق. وفي الإيضاح حبلت في عدّة الوفاة فعدّها بالشهور. **تح**[6] أحبل معتدّة عن ثلاث فعدّها بالوضع. [٣٢٥/ب]

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض لم تعتدّ بالحيضة الّتي وقع فيه الطلاق.

لأنّها مقدّرة بثلاث حيض كوامل فلا تنقص منها ولا يكمل من الرابعة. لأنّها لا تتجزئ.

قال: **وإذا وطئت المعتدّة بشبهة فعليها عدّة أخرى. ويتداخل العدتان فيكون ما تراه من الحيض محتسباً به منها[7] جميعاً.**

وقال الشافعي لا يتداخلان. لأنّها عبارة كفّ فأشبه الصومين. ولنا أن المقصود منها التعرف عن براءة الرحم وقد حصل بالأولى. **ه**[8] والمعتدّة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتدّ بالشهور. وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان.

---

[1] الطلاق ٦٥/٤

[2] ه : هداية

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] جع : جمع العلوم للبقالي

[5] جت : جمع التفاريق للبقالي

[6] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[7] ق : منهما

[8] ه : هداية

قال: **وإذا انقضت العدّة من الأولى ولم تكمل الثانية فإن عليها تمام عدّة الثاني.**

لأن الباقي غير داخل فيما انقضت كآجال المديون.

٧. ١. ٤١ فصل في ابتداء العدّة

قال: **وابتداء العدّة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة. فإن لم تعلم بالطلاق والوفاة حتّى مضت[١] العدّة فقد انقضت عدّتها.**

لأن الطلاق والوفاة سبب وجوب العدّة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب لئلا يتخلف المسبّب عن السبب. والعلم ليس بشرط للانقضاء كسائر الآجال. هـ[٢] ومشايخنا يفتون في الطلاق إن ابتدأها من وقت الإقرار بالطلاق نفياً لتهمة المواضعة.

قال: **والعدّة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بينهما أو عزم الواطئ على ترك وطئها.**

وقال زفر من آخر ما وطئها. لأنّ الوطئ هو السبب الموجب. ولنا أن كلّ وطئ في العقد الفاسد كالوطئة الواحدة لاستنادها إلى حكم عقد واحد. ولهذا يكتفي[٣] فيها مهر واحد فقبل المتاركة والعزم لا تثبت العدّة مع جواز وطئ آخر. نم[٤] في جمعه كان يطأ المطلّقة ثلاثاً مع علمه بالحرمة. وإقراره بها لا تستأنف العدّة. وإن قال "ظننت أنّها تحلّ لي" تستأنف وتتداخل مع الأولى. لكنّها لا تستحقّ النفقة بعد مضي عدّة الطلاق. بس[٥] وطئ المختلعة تستأنف العدّة وعليه المهر. لأنّ من الصحبة[٦] من لا يرون البينونة بما دون الثلاث. ضح[٧] المختلعة كالمطلّقة ثلاثاً. حم[٨] قال لها "إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثاً" ثمّ فعلت ذلك و لم يعلم الزوج به ومضى عليه ثلاثة أقراء وتزوّجت بأخر ودخل بها ثمّ طلقها وانقضت عدّتها ثمّ أخبرت زوجها بما صنعت وصدقها الزوج لم تحلّ له. لأنّ عدّة المطلّقة ثلاثاً من وقت الفراق عندنا [٣٢٦/أ] لا من الطلاق. وعند زفر تحل. لأنّها من وقت الطلاق عنده. ط[٩] كلّ نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة. أما نكاح منكوحة الغير ومعتدّة لغير فالدخول

---

١ ق : + مدة
٢ ه : هداية
٣ ف : يكفي
٤ نم : نوري الأئمّة منصوراني
٥ بس : برهان سمرقندي
٦ ق : الصحابة
٧ ضح : إيضاح
٨ حم : أبو حامد
٩ ط : محيط

فيه لا يوجب العدّة إن كان يعلم بأنها للغير. لأنّه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلاً. **جع**[١] **وب**[٢] تعتدّ عن ثلاث طلقات فوطئها[٣] ظناً أنّها لا تحلّ له لا تستأنف العدّة. **عت**[٤] مبتوتة بواحدة وطئها في عدّتها وإن ظنّ أنّها لا تحلّ له. ولو طلقها ثلاثاً ثمّ تزوّجها ودخل بها فهو زنى عندهما وعنده. **شق**[٥] قال أصحابنا إذا تأخر حيض المطلّقة لعارض أو غيره بقيت في العدّة حتّى تحيض أو تبلغ حدّ الإياس. وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه. وبه الشافعي في الجديد. وقال في القديم إذا تأخر لغير عارض انتظرت إلى أن تعلم براءة رحمها ثمّ تعتدّ بالشهور. وهو قول عمر رضي الله عنه. **جش**[٦] وفي احكام القرآن لأبي بكر الرازي اختلف السلف ومن بعدهم من فقهاء الأمصار في الّتي ارتفع حيضها. **ه**[٧] فعن سعيد بن المسيّب عن عمر رضي الله عنه أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثمّ ارتفع حيضها فإنه ينتظر لها تسعة أشهر. فإن بان بها حبل فذاك. وإلا اعتدت بثلاثة أشهر بعد التسعة. وبه أخذ مالك. وعن ابن عبّاس رضي الله عنهما الريبة المراد بقوله تعالى ﴿ **إن ارتبتم** ﴾[٨] سنة. وعن عكرمة[٩] في الّتي تحيض في كلّ سنة مرّة هذه ريبة فتعتدّ بثلاثة أشهر. وعن طاوس مثله. وقال الأوزاعي إذا لم تر ثلاثة أشهر تعتدّ بسنة. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد في الّتي ارتفع حيضها عدّتها بالحيض حتّى يدخل سنّ الإياس. وهو قول الثوري والليث والشافعي والتي ارتفع حيضها قد حاضت غير مرّة. ومعنى قوله ارتبتم أشكل عليكم حكمهنّ. كيف يعتدون؟ فهذا حكمهنّ.

قلت حتّى قال أصحابنا بأن من حاضت مرّة أو مرّتين. وقد طلقها زوجها لتمام عشر سنين وارتفع حيضها فعدّتها خمسون سنة وثلاثة أشهر على قول من قدر الإياس بستين سنة. وعلى أيسر الأقوال أربعين سنة وثلاثة أشهر. وقد صنف أستاذي نور الأئمّة الحياض به[١٠] وجازاه عني وعن جميع المسلمين خيراً. كتاب العدّة وذكر فيه العدّة على ثمانية وأربعين وجهاً. وقد استقصى الكلام فيه. وكان بعض أصحابنا

---

١ جع : جمع العلوم للبقالي

٢ وب : واقعات برهاني

٣ ف، ق : - فوطئها

٤ عت : عمر الترجماني

٥ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٦ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

٧ ه : هداية

٨ الطلاق ٦٥/٤

٩ عكرمة البربري ٢٥ - ١٠٥ هـ عكرمة ... سبعين تابعيا ... الزركلي الأعلام ٢٤٤/٤.

١٠ ف، ق : - به

واستاذينا يفتون بقول مالك في هذه المسألة عند الضرورة خصوصاً الإمام الزاهد العابد [٣٢٦/ب] المحقق منشئ النظم نجم الملة والدين الحفصي.



٤١ .٢ باب في الإحداد

قال: **وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الإحداد.**[١]

أما المتوفى عنها زوجها فلقوله ﷺ « **لا تحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحِدّ على ميت فوق ثلاثة أيّام إلا على زوجها أربعةَ أشهر وعشراً** »[٢] وأما المبتوتة فمذهبنا. وقال الشافعي لا إحداد عليها. لأنّه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح. وقد أوحشها بالإبانة فلا يتأسف. ولنا ما روي « **أنّه** ﷺ **نهى المعتدّة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب** »[٣] ولأنّه لما وجب تأسفاً على فوت نعم النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها. والإبانة أقطع لها من الموت حتّى جاز لها غسل الميّت دونه منعت منه أو منعت نفسها. وقد أحدّت إحداداً.

قلت فالحاصل أن استعمال كلى اللفظين جاز.

قال: **يترك**[٤] **الطيب والزينة والدهن والكحل إلا من عذر.**

لما مرّ من الحديث والمعنى والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فمنعت منها كيلا تقع في المحرم. وقوله إلا من عذر أي من عذر الداء.[١] **جص**[٢] إلا من وجع. ولو اعتادت الدهن فخافت وجعاً. فإن كان أمراً ظاهراً يباح لها. **هـ**[٣] وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر.

---

١ [illegible] فتأمله. شرح حدود ١/٤٦٠.

٢ البخاري الصحيح "**جنائز**" ٣٠؛ مسلم الصحيح "**طلاق**" ٩؛ النسائي السنن الكبرى "**طلاق**" ٥٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٨٦/٦.

٣ النسائي السنن الكبرى "**طلاق**" ٥٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٢٥/٣.

٤ ف : وهو ترك

قال: **ولا تختضب بالحناء.**

لما مرّ.

قال: **ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا زعفران.**

لأنّه تفوح منه رائحة الطيب.

قال: **ولا إحداد على كافرة ولا صغيرة.**

وقال الشافعي عليهما الإحداد كالبالغة المسلمة. ولنا أنّهما لا تخاطبان بالشرائع.

قال: **وعلى الأمة الإحداد.**

لأنّها مخاطبة لحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حقّ المولى بخلاف المنع من الخروج.

قال: **وليس في عدّة النكاح الفاسد ولا في عدّة أمّ الولد إحداد.**

لأنّه ما فاتهما نعمة النكاح حتّى يلزمها التأسف.

قال: **ولا ينبغي أن يخطب المعتدّة. ولا بأس بالتعريض؛ في الخطبة.**

لقوله تعالى ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خِطبة النساء** ﴾[5] إلى أن قال ﴿ **ولكن لا تواعدُوهنّ سراً إلا أن يقولوا قولاً معروفاً** ﴾[6] قال ﷺ « **السِّرُّ النكاحُ** »[7] وقال ابن عبّاس رضي الله عنهما التعريض أن يقول "إني أريد أن أتزوّج." وقال سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف [٣٢٧/أ] "إني فيك لراغب وإني أريد أن يجتمع." وفي المغرب التعريض خلاف التصريح. والفرق بينه وبين الكناية أن

الإستبراء. فتح القدير ٣٤٢/٤.

[2] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

"نصب الراية" ٢٦٢/٣؛ العسقلاني "الدراية" ٧٩/٢.

التعريض تضمين الكلام دلالة لبس لها فيه ذكر كقولك ما أقبح البخل تعرض بأنه بخيل. والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك "فلان طويل النجاد كثير الرماد" أي طويل القامة مضياف.

قال: **ولا يجوز للمطلّقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً.**

لقوله تعالى ﴿ **لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** ﴾[1] **ه**[2] قيل الفاحشة نفس الخروج. وقيل الزنا فيخرجن لإقامة الحد. **شط**[3] المعتدّة عن طلاق لا يخرج عن المسكن الذي كانت تسكنه يوم الطلاق إلا أن تخاف سقوطها أو على نفسها أو ما لها أو لا تقدر على الأجر إن كانت تسكن بكراء وزوجها غائب. ولو طلقت في غير مسكنها تعود إلى مسكنها بغير تأخير.

قال: **والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل.**

لأنّه لا نفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش وقد يهجم عليها الليل. ولا كذلك المطلّقة. لأنّ النفقة دارة عليها من مال زوجها. وفي المختلعة على نفقة العدّة اختلاف المشايخ.

قال: **ولا تبيت في منزلها لعدم الضرورة فيه. ك**[4]

وعن محمد لا بأس أن تنام في غير بيتها أقلّ من نصف الليل. لأنّ المعتبر في البيتوتة أكثر الليل.

قال: **وعلى المعتدّة أن تعتدّ في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة.**

لما تلونا من الأية في شرح الكافي لا تسقط السكنى بالخُلع على أن لا سكنى لها حتّى تختلع على أن مؤنة السكنى عليها فتستأجر من الزوج حينئذ مسكنها. قال **شط**[5] والمعتدّة عن نكاح فاسد لا يمنع. لأن ملك الحبس غير ثابت والكتابية يخرج. لأنّها لا تخاطب بحقوق الشرع ولزوجها منعها لصيانة مائه والصغيرة والمجنونة والمعتوهة كالكتابية.[6] وإذا وجب الاعتداد في منزل الزوج لا بأس بأن يسكنا في بيت واحد إذا كان عدلاً سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً. والأفضل أن يحال بينهما في البيتوتة تستر إلا أن يكون الزوج فاسقاً تحال بامرأة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما. وإن لم تقدر فلتخرج هي وتعتدّ في

---

[1] الطلاق ١/٦٥

[2] ه : هداية

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] ك : الكفاية للبيهقي

[5] شط : شرح الطحاوي

[6] الشرع. تبيين الحقائق ٣/٣٧.

منزل آخر. وكذا لو ضاق البيت وإن خرج هو كان أولى. جص[1] لهما أن يسكنا [٣٢٧/ب] بعد الثلاث في بيت إذا لم يلتقيا التقاء الأزواج و لم يكن فيه خوف فتنة.

قال: **وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها وأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت.**

لمكان الضرورة. جت[2] ولو أصابها من المنزل ما يكفيها استقرّت من الأجانب وأولاده الكبار. وكذا في الطلاق البائن. وقيل إن كانا في الخيمة لم تنتقل.

قال: **ولا يجوز أن تسافر الزوج بالمطلّقة الرجعية.**

معناه إذا لم تقصد به المراجعة. وقال زفر يجوز لأنّه رجعة. ولنا قوله تعالى ﴿ **لا تخرجوهن من بيوتهن** ﴾[3] ولأنّ المسافرة بالمرأة لا تختصّ بالنكاح فلم تكن رجعة. فربما يوجد منه ما يصير به مراجعاً من غير قصد ثمّ يطلقها فيطول عدّتها. جص[4] ولو خرجت مع زوجها إلى مكّة فأبانها أو مات عنها. فإن كان إلى مصرها دون السفر. وكذا إلى مقصدها رجعت أو مضت بمحرم أو غيره كانت في الطريق أو في مصر. والرجوع أولى. وإن كان أحد الجانبين دون السفر يميل إليه. وإن كان كلاهما سفر أو قال في غير المصر رجعت أو مضت لمحرم أو غيره للضرورة. وإن كانت في مصر لم يخرج إلا بمحرم بعد العدّة. لأنّها تمنع من الخروج أصلاً. وقالا لها أن تخرج بمحرم في العدّة دفعاً لضرر الغربة.

قال: **وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثمّ تزوّجها في عدّتها وطلقها قبل أن يدخل بها فعليه مهر كامل وعليها عدّة مستقبلة. وقال محمد لها نصف المهر وعليها إتمام[5] العدّة الأولى.**

وقال زفر لا عدّة عليها وعليها نصف المهر. لأنّ العدّة الأولى سقطت بالتزوّج والثانية لم تجب لعدم الدخول وقال تعالى ﴿ **إذا نكحتم المؤمنات ثمّ طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدّة تعتدّونها** ﴾[6] ولمحمد أنّه طلاق قبل المسيس فلا توجب كمال المهر ولا استئناف العدّة. وإنّما تكمل العدّة الأولى. لأنّها امتنعت بالنكاح فلما طلقها ظهر حكمها فتممها. ولهما أنّها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئ الأول. ويبقى أثره وهي العدّة. فإذا جدّد النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] الطلاق ١/٦٥
[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[5] ق : تمام
[6] الأحزاب ٤٩/٣٣

قابضاً لمجرد العقد فثبت أنّه طلاق بعد الدخول فتجب العدّة والمهر. ولأنّه طلقها ورحمها مشغولة بمائه جزماً أو ظاهراً فتجب العدّة والمهر.



٤١. ٣ باب في ثبوت النسب

قال: **ويثبت نسب ولد المطلّقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ما لم يقر بانقضائه عدتها.**

[٣٢٨/أ] لاحتمال امتداد طهرها وحصول العلوق في عدتها.

قال: **وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها.**[1]

لانقضاء العدّة وثبتت نسب ولدها لحصول العلوق قبل الطلاق أو في العدّة.

قال: **وإن جاءت به لأكثر من سنتين ثبت نسبه وكانت رجعية.**

لأن العلوق بعد الطلاق. والظاهر أنّه منه لانتفاء الزنا منها ظاهراً فيصير بالوطئ مراجعاً.

قال: **والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت لأقل من سنتين.**

لأنّه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق فلم يتيقن بزوال الفراش فثبت النسب احتياطاً. وإن جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة لم يثبت إلا أن يدعيه. **شس**[2] للمختصر هذا[3] عند أبي يوسف. فأما عندهما يثبت النسب وإن لم يدع لاحتمال الوطئ بشبهة في العدّة. **شق**[4] الأصل فيه أن أقلّ مدّة الحمل ستّة أشهر لقوله تعالى ﴿ **وحمله وفصاله ثلاثون شهراً** ﴾[5] وقد تعين السنتان للفصال لقوله تعالى ﴿ **والوالدات يُرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[6] فيبقى للحمل ستّة أشهر. كذا قاله ابن عبّاس ﷺ. وأكثر مدّة الحمل

---

[1] ق : منه
[2] شس : شرح السرخسي
[3] ق : + عند أبي حنيفة
[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[5] الأحقاف ١٥/٤٦
[6] البقرة ٢٣٣/٢

سنتان عندنا. وقال الشافعي أربع سنين.[1] لأنّ هَرِمَ بن حيان[2] مكث في بطن أمه أربع سنين. ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت « **لا يبقى الولدُ في رحم أمِّه أكثرَ من سنتين ولو بفَلْكَةِ مِغْزَلٍ** »[3] وإنه لا يعرف إلا بالتوقيف. فكان المروي عنها كالمروي عن النبي عليه السلام. وحكاية الهرم وغيره محتملة. **ك**[4] الأصل أن كلّ موضع كلّ الوطئ مباحاً يجعل مدّة الحمل لأقل وهي ستّة أشهر إلا إذا أدى إلى إثبات رجعة أو استحقاق مال بالشك فتجعل الأكثر. وكل موضع كان محظوراً تجعل السنتين. لأنّه يحمل أمر المسلم على الصلاح ما أمكن.

قال: **ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين.**

لما بيّنّا. وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدّة الوفاة لستّة أشهر لا يثبت كالمعرفة بالانقضاء. ونحن نقول احتمال الحمل ثابت فلم يتعيّن إلا شهر.

قال: **وإذا اعترفت المعتدّة بانقضاء عدّتها ثمّ جاءت بالولد لا أقلّ من ستّة أشهر ثبت نسبه.**

قلت معناه من وقت الإقرار. لأنّه ظهر كذبها بيقين[5] فبطل إقرارها. وإن جاءت به لستّة أشهر لم تثبت لاحتمال العلوق بعد الإقرار فبقى الإقرار صحيحاً. **هـ**[6] وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كلّ معتدّة. **جص**[7] **هـ**[8] وإن كانت المبتوتة صغيرة [٣٢٨/ب] يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتّى تأتي به لأقل منه. وقال أبو يوسف ثبت إلى سنتين كالبالغة. ولهما أن ثلاثة أشهر جهة متعينة لانقضاء عدّتها فصار كإقرارها بانقضائها ولو كان رجعياً. فكذلك عندهما ثبتت إلى سبعة وعشرين شهراً. لأنّه تجعل واطئاً في آخر العدّة ولو ادعت الحبل في العدّة فهي والبالغة سواء.

---

[1] [illegible] وغيرهم. العناية

[2] [illegible] الزركلي الأعلام ٨٢/٨.

[3] الدارقطني السنن ٣٢١/٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٤٤٣/٧؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٦٥/٣.

[4] ك : الكفاية للبيهقي

[5] ق : - كذبها بيقين

[6] ه : هداية

[7] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[8] ه : هداية

قال: **وإذا ولدت المعتدّة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادته رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فتثبت النسب بغير شهادة. وقال أبو يوسف ومحمد[1] تثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة.**

لأن الفراش قائم بقيام العدّة. وإنه ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح. ولأبي حنيفة أن العدّة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل. والمنقضي ليس بحجّة. فكانت الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجّة بخلاف ما إذا ظهر الحبل أو اعترف. لأنّ النسب ثابت قبل الولادة. والتعين ثبت بشهادتهما.

قال: **وإذا تزوّج امرأة فجاءت بولد لأقل من ستّة أشهر منذ يوم تزوّجها لم يثبت نسبه.**

لأنّ العلوق سابق على نكاحها لما بيّنّا.

قال: **وإن جاءت به لستّة أشهر فصاعداً ثبت نسبه منه إن اعترف به**

لما بيّنّا من الأصل.

قال: **وكذا إذا سكت.** جص[2] ه[3]

ولو اختلفا فقال تزوّجها منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة فالقول لها. والحلف على الاختلاف. ولو علّق طلاقها بالولادة لا تقبل شهادة الواحد عند خلافهما.

قال: **وإن جحد الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة.**

لأن شهادة الواحدة حجّة فيما لا يطلع عليه الرجال. قال ﷺ « **شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه** »[4]

قال: **وأكثر مدّة الحمل سنتان وأقله ستّة أشهر.**

لما بيّنّا.

قال: **وإذا طلق الذمّيّ الذمّيّة فلا عدّة عليها.**

---

[1] ف : وقالا

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] ه : هداية

[4] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢٦٤؛ العسقلاني "**الدراية**" ٢/٨٠.

لأن العدّة حقّ الله تعالى. وهي لا تخاطب بحقوق الله تعالى. ه[1] وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة فإن تزوّجت جاز إلا أن تكون حاملاً. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا عليها وعلى الذمّيّة العدّة.[2]

قال: **وإذ تزوّجت الحامل من الزنا جاز النكاح. ولا يطأها حتّى تضع حملها.**[3]

وقال أبو يوسف وزفر لا يجوز كالمهاجرة. ولهما أنّه لو مُنع يمُنع لحقّ الزاني ولا حقّ لـــه. ثمّ إذا جاز النكاح لا يطأها حتّى تضع لقوله ﷺ « **لا يسقِيَنَّ أحدُكم ماءَه زرعَ غيرِه**[4] »[5]

؛ فالاختلاف

العدة. الهداية ٢/٣١.

[3] ق : + والله أعلم

[4] ق : + والله أعلم بالصواب

[5] أبو داود السنن "**نكاح**" ٤٥؛ الترمذي السنن "**نكاح**" ٣٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤/١٠٨.



٤٢ كتاب النفقات



الأصل[1] في وجوب النفقة[2] [٣٢٩/أ] بسبب الزوجية والقرابة. النصوص الواردة فيها منها قوله تعالى ﴿ لينفقْ ذو سعةٍ من سعته ﴾[3] قال ﴿ وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهن حتّى يضعن حملهن ﴾[4] وقال ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾[5] إذا عرفنا هذا.

---

[1] ... الجانبين. المبسوط

[2] ... الأبعد. فتح القدير ٣٧٨/٤.

[3] الطلاق ٦٥/٧

[4] الطلاق ٦٥/٦

[5] البقرة ٢٣٣/٢



٤٢. ١ باب بيان كيفية وجوب النفقة

قال الشيخ: **النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلّمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها.**

لما تلونا ولقوله تعالى ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾[١] ولأنّ النفقة جزاء الاحتباس. فكلّ من كان محبوساً لحق مقصود كانت نفقته عليه كالقاضي والعامل في الصدقات. وأما السكنى فلقوله تعالى ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم مِن وُجْدِكم** ﴾[٢] وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وأنفقوا عليهن من وجدكم.[٣] وقال ﷺ « **أوصيكم بالنساء خيراً** » إلى أن قال ﷺ « **وإن لهنّ عليكم نفقتُهنّ وكسوتُهن بالمعروف** »[٤]

قال: **ويعتبر ذلك بحالهما جميعاً موسراً كان الزوج أو معسراً.** هـ[٥]

وهذا اختيار الخصّاف. وعليه الفتوى. وتفسيره أنّهما إن كانا موسرين تجب نفقة اليسار. وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار. وإن كانت معسرة والزوج موسر.

قلت أو على عكسه فنفقته دون نفقة الموسرات وفوق المعسرات. وقال الكرخي يعتبر حال الزوج. وبه الشافعي لقوله تعالى ﴿ **لينفقْ ذو سعةٍ من سعته** ﴾[٦] وجه الأوّل قوله ﷺ لهند[١] امرأة أبي

---

[١] البقرة ٢/٢٣٣

[٢] الطلاق ٦٥/٦

[٣] وفي قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لا بد أن تكون مسموعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة. المبسوط ٧/٤٩

[٤] الترمذي السنن "**رضاع**" ١١؛ النسائي السنن الكبرى "**آداب القضاة**" ٣٢؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٣ بلفظ "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهون فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"

[٥] ه : هداية

[٦] الطلاق ٦٥/٧

سفيان[2] ﵁ « **خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدَك بالمعروف** »[3] فاعتبر ﵇ كفايتها والمعروف الوسط وهو الواجب. وبه تبين أنّه لا معنى للتقدير الذي ذهب إليه الشافعي أنّه على الموسر مُدّان وعلى المُعسر مدّ. وعلى المتوسّط مدّ ونصف. لأنّ ما وجب كفاية لا يتقدّر شرعاً في نفسه. **بط**[4] ثمّ في ظاهر الرواية الأصل المعتبر في النفقة حال الزوج في اليسار والإعسار. وهكذا في **قد**[5] ثمّ ذكر قول الخصّاف على ما مرّ. وذكر فيما إذا كان أحدهما موسراً والأخر معسراً أن يطعمها خبز البرّ وتاجة أو تاجتين. **شب**[6] عن الخصّاف إذا كان الزوج موسراً وهي فقيرة تقضي عليه نفقة مثلها. وقال القاضي صدر الإسلام في شرحه والنفقة هو الخبز واللحم ودهن الرأس ودهن السراج وثمن الماء. وفي زمن الفواكه يفرض لها شيء من الفواكه. وعلى المعسر من الطعام خبز الشعر إذا كان ذلك طعام فقرائهم وعشرة أساتير من اللحم وخمسة أساتير من الشحم أو الإلية ولا شيء لها من الفواكه. وإن كان موسراً مثرياً يفرض لها بالخبز الحواري[7] وبنصف منّ من اللحم أو أكثر وبتاجتين أو ثلاث وبالفواكه في كلّ حين.[8] ثمّ إن شاء فرض لها

---

[2] الزركلي الأعلام ٣/٢٠١.

[3] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٢٠٩٧؛ مسلم الصحيح "**عقدية**" ٧؛ أبو داود السنن "**بيوع**" ٧٩؛ النسائي السنن الكبرى "**آداب القضاة**" ٣١؛ ابن ماجه السنن "**تجارة**" ٦٥.

[4] بط : بحر محيط

[5] قد : شرح قدوري كبير

[6] شب : شرح بكر خواهر زاده

[٣٢٩/ب] وإن شاء قومها وفرض بالقيمة. شس[1] وإذا طالبته بالفرض وهو حاضر صاحب مائدة وطعام كثير يتمكّن من تناوله قدر كفايتها فليس لها المطالبة بالفرض. ط[2] إذا طالبته بالفرض يأمر القاضي زوجها بالإنفاق عليها إلا إذا ظهر للقاضي مطله وظلمه يفرض لها في كلّ شهر. فإن امتنع وقدمته مراراً نصحه. فإن لم ينجع فيه وعظه حبسه.[3] ص[4] وإذا طلبت أن للولد معها فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمني. وتدفع نفقة الصغار إليها والكبار إليهم. قال صدر الإسلام إنّما تدفع نفقة الصغار إلى الأمّ إذا كانت أمينة وإلا تدفع إلى أمينة لتنفق عليهم. ط[5] والجواب في الكسوة كالجواب في النفقة. واعتبار حالها في اليسار والإعسار يفرض لها من الكسوة للشتاء والصيف ما يكفيها بالمعروف غير أنّه يفرض الكسوة لكلّ ستّة أشهر. والنفقة لكلّ شهر. فإذا امتنع وطالبته بنفقة كلّ يوم فإنما يطلب عند المساء. شس[6] ما ذكر محمد من فرض النفقة كلّ شهر ليس بلازم. إنّما ذلك على عاداتهم. وقيل يعتبر ذلك بحال الرجل. فإن كان محترفاً فيوماً فيوماً. وإن كان من التجار فشهراً فشهراً وفي الدهاقين سنة فسنة.[7] ط[8] وإذا فرض لها ما يحتاج من الدقيق ونحوه فقالت "لا أخبز ولا أطبخ" لم تجبر عليه. وعليه أن يأتيها بمن يكفيها. ث[9] فهذا إذا كانت من الأشراف إذ لا يقدر عليها. فأما إذا قدرت وهي ممن تخدم بنفسها لا تجب على زوجها ذلك.[10] شس[1]

نفقة. الفتاوي الهندية ١/٥٤٧.

[1] شس : شرح السرخسي

تعالى فأمسكوهن

تعالى. المحيط البرهاني ٤/١٨٠.

[4] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[5] ط : المحيط

[6] شس : شرح السرخسي

القاضي. مجمع الأنهر ٢/١٧٥.

[8] ط : المحيط

[9] ث : أبو الليث

[10] ف : – وقال القاضي صدر الإسلام في شرحه والنفقة هو الخبز واللحم ودهن الرأس ودهن السراج وثمن الماء وفي زمن الفواكه يفرض لها شيء من الفواكه وعلى المعسر من الطعام خبز الشعر إذا كان ذلك طعام فقرائهم وعشرة أساتير من اللحم وخمسة أساتير من الشحم أو الإلية ولا شيء لها من الفواكه. وإن كان موسراً مثرياً يفرض لها بالخبز الحواري وبنصف منّ من اللحم أو أكثر وبتاجتين أو ثلاث وبالفواكه في كلّ حين ثمّ إن شاء فرض لها وإن شاء قومها وفرض بالقيمة شس وإذا طالبته بالفرض وهو حاضر صاحب مائدة وطعام كثير يتمكن من تناوله قدر كفايتها فليس لها المطالبة بالفرض

امتنعت من الطبخ فلزوجها أن يمتنع من الأدام والفواكه إلا أنّه لا بدّ في خبز الشعير من الأدام ولا يجبر ومتى أقامت الأعمال في البيت تؤمر بأداء هذه الأشياء ديانة لا جبراً أو خادمتها إذا امتنعت من هذه الأعمال لا تستحقّ النفقة على زوج مولاها. بط[2] ص[3] الكسوة على المعسر في الشتاء درع يهودى وملحفة زطّية وخمار سامري وكساء كأرخص ما يكون مما يدفها. وعلى الموسر في الشتاء درع يهودي أو هروي وملحفة ديد زوربة وخمار إبريسم وكسا انجاني.[4] ولها في الصيف درع سامري وملحفة كتان وخمار إبريسم.[5] قيل في تفسير الملحفة غطاء الليل.[6] وقيل الملاؤة الّتي تلبس عند الخروج. وذكر الخصّاف في الكسوة الشتائية الإزار دون محمد بناء على عرف ديارهم. وقال عامّة المشايخ ذاك في ديارهم أما في ديارنا تقضي بالإزار صيفاً وشتاءً. والجبّة ونحوها وفراش تامّ عليه أو مضربة دون المكعب[7] والخفّين. لأنّها آلة

ط إذا طالبته بالفرض يأمر القاضي زوجها بالإنفاق عليها إلا إذا ظهر للقاضي مطله وظلمه يفرض لها في كلّ شهر. فإن امتنع وقدمته مراراً نصحه فإن لم ينجع فيه وعظه حبسه ص وإذا طلبت أن للولد معها فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمني وتدفع نفقة الصغار إليها والكبار إليهم قال صدر الإسلام إنّما تدفع نفقة الصغار إلى الأمّ إذا كانت أمينة وإلا تدفع إلى أمينة لتنفق عليهم ط والجواب في الكسوة كالجواب في النفقة واعتبار حالها في اليسار والإعسار يفرض لها من الكسوة للشتاء والصيف ما يكفيها بالمعروف غير أنّه يفرض الكسوة لكلّ ستة أشهر والنفقة لكلّ شهر فإذا امتنع وطالبته بنفقة كلّ يوم فإنما يطلب عند المساء شس ما ذكر محمد من فرض النفقة كلّ شهر ليس بلازم إنّما ذلك على عاداتهم وقيل يعتبر ذلك بحال الرجل فإن كان محترفاً فيوماً فيوماً وإن كان من التجار فشهراً فشهراً وفي الدهاقين سنة فسنة ط وإذا فرض لها ما يحتاج من الدقيق ونحوه فقالت لا أخبز ولا أطبخ لم تجبر وعليه أن يأتيها بمن يكفيها ث فهذا إذا كانت من الأشراف إذ لا يقدر عليها فأما إذا قدرت وهي ممن تخدم بنفسها لا تجب على زوجها ذلك

[1] شس : شرح السرخسي

[2] بط : بحر محيط

[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[4] ق : – ما يكون مما يدفها. وعلى الموسر في الشتاء درع يهودي أو هروي وملحفة ديد زوربة وخمار إبريسم وكسا انجاني

[5] قال محمد رحمه الله في الكتاب الكسوة

القاموس المحيط ١٦٨/١.

الخروج. وهي منهية عنه. قال ثمّ ذلك يختلف باختلاف الأماكن والعادات. فيجب على القاضي اعتبار [٣٣٠/أ] الكفاية بالمعروف في كلّ وقت ومكان. **شصد**[1] ويقضي بالكسوة لكلّ ستّة أشهر على عادتهم. أما في بخارا تقضي في الصيف بالقميص والسراويل والمقنعة والسراغج. ويفرض المكعب والخفان والملاءة لكلّ ستّة أشهر. لأنّها لا تلبسها إلا عند الخروج. ويزاد في الشتاء المحول والجبّة والفرجى المحشوّة إلا أن في المعسر تقضى بالكرباس الخماسي والسداسي والمكعب والخفّ من الصرم والجبّة والفرجى من البرد وفي الفائق اليسار تقضى باللباس من الحُلل والديبابيج وبالمكعب المفضّض من الأديم والسراغج المذهب والخفّ من الأديم. وفي المتوسّط باللباس من القز الملون والسراغج غير المذهب والمكعب من الأديم غير مفضّض وبالخفّين من الأديم. ثمّ قال إن شاء فرض بما قلنا. وإن شاء قوّمه وقضى بالقيمة. **بط**[2] ولو فرض لها الكسوة فهلكت أو سرقت منها أو حرقتها قبل الوقت فليس عليه غيرها حتّى يمضي الوقت المقدّر. وإن تخرقت بخرق استعمالها فكذلك. وإذا بليت بالاستعمال قبل وقته يقضى لها بأخرى. وكذا الجواب في النفقة إذا ضاعت أو سرقت أو أكلت أو سرقت وفي المحارم يقضى لهم بكسوة ونفقة أخرى.

قال: **وإن امتنعت من تسليم نفسها حتّى يُعطيها مهرها فلها النفقة.**

لأنّه مُنع بحقّ فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل غير فائت.

قال: **فإن نشزت بعد قبض الصداق فلا نفقة لها حتّى تعود إلى منزله.**

لأن فوت الاحتباس منها. وإذا عادت وجبت النفقة بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج. لأنّ الاحتباس قائم والزوج قادر على الوطئ كرها. **بط**[3] تزوّجها وهي في بيت الأمّ بعد فلها ذلك إذا لم يطالبها الزوج بالنقلة. وقيل لا يستحقّ ما لم تزفّ إلى بيت الزوج. والفتوى على الأولى. فإن طالبها بالنقلة فلم يمتنع فلها النفقة أيضاً. وإن امتنعت فإن كان يحق لتستوفى مهرها فلها النفقة. وإن كان بغير حقّ بأن كان أوفاها المهر أو كان مؤجّلاً أو وهبته منه فلا نفقة لها.

قلت وبهذا عرف أنّها إذا امتنعت بخوارزم في زماننا لاستيفاء المهر مع بقاء النكاح المستقرّ فلا نفقة لها. لأنّ المهر مؤجّل عرفاً عندنا. فإن قلت لا اعتبار لهذا التأجيل فإنه تأجيل إلى الفراق أو الموت. وكلاهما مجهول. قلت بل هو معتبر فقد ذكر في زكاة **بط**[4] أن ما وراء المعجّل من المهر لا يمنع وجوب الزكاة. لأنّه

---

[1] شصد : شرح صدر القضاة
[2] بط : بحر محيط
[3] بط : بحر محيط
[4] بط : بحر محيط

مؤجّل عرفاً. وكذا ذكره قاضي خان في أماليه. **بط**[1] **شذ**[2] وإذا سلمت نفسها بالنهار دون الليل أو على عكسه لا تستحقّ [٣٣٠/ب] النفقة. لأنّ التسليم ناقص.

قلت وبهذا عرف جواب واقعة في زماننا بأنه إذا تزوّج من المحترفات الّتي تكن عامّة النهار في الكارخانه والليل مع الزوج لا نفقة لهنّ.

قال: **وإذا كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها.**[3]

لامتناع الاستمتاع من جهتها وحبسها لم يوصل إلى المقصود المستحقّ بالنكاح بخلاف المريضة لما تبين. وقال الشافعي لها النفقة بالملك كالمملوكة. ولنا أن المهر عوض الملك لا النفقة كيلا يجتمع العوضان عليه عن معوض واحد.

قال: **وإذا كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطئ وهي كبيرة فلها النفقة.**[4]

لأن التسليم قد وجد. وإنّما العجز من قبله فأشبه المجبوب والعنين. **بط**[5] **شط**[6] الصغيرة إن كانت تصلح للخدمة دون الجماع. قيل تجب النفقة. وقيل لا تجب والمرأة إذا كانت قرناء[7] أو رتقاء[8] أو جنت أو أصابها بلاء تمنع من الجماع أو كبرت بحيث لا يمكن وطئها لكبرها فلها النفقة سواء أصابها هذه العوارض في بيت الزوج أو قبل ذلك إذا لم تكن مانعة نفسها من الزوج بغير حق.[9] وعن أبي يوسف في الرتقاء والمريضة الّتي لا يمكن وطئها أنه لا نفقة لهما قبل النقل إلى بيته. فإن نقلتا إليه بغير رضاه فله ردهما إلى أهلهما. وإن نقلهما بنفسه مع علمه بذلك فلا ردّ له. وعليه النفقة بخلاف الصغيرة لفوات الانتفاع بها أصلاً دونهما.

قال: **وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدّتها رجعياً كان أو بائناً.**

---

١ بط : بحر محيط

٢ شذ : شرح أبي ذر

٣ ف : + وإن سلمت نفسها إليه

٤ ف : + من ماله

٥ بط : بحر محيط

٦ شط : شرح الطحاوي

[illegible] فرجها. لسان العرب ١١٤/١٠.

٩ الثاني يختص [illegible] والاستحاضة [illegible] الحال. الفقه على المذاهب الأربعة ٩٨/٤.

وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملاً لانتفاء الملك كالمتوفى عنها زوجها. ولحديث فاطمة بنت قيس[1] ﵂ "طلقني زوجي ثلاثاً فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة." ولنا أن النفقة جزاء الاحتباس. وإنه قائم في حقّ مقصود النكاح وهو الولد. لأنّها وجبت في الحائل والحامل لصيانة الولد فيجب النفقة كالسكنى واعتباراً بالحامل. وقال عمر ﵁ عنه في حديث فاطمة ﵂ لا تدع كتاب ربنا وسُنة نبينا يقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله ﷺ يقول « **للمطلّقة الثلاثِ النفقةُ والسكنى ما دامت في العدّة** »[2] ورده أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة ﵃.[3] ط[4] قال الزوج في مجلس أبي يوسف "ليس عندي نفقة." فقال لها "خذي عمامته فأنفقها على نفسك." ث[5] يحتمل أنّه علم أبو يوسف أن له عمامة أخرى. وإلا لا تباع العمامة في النفقة وسائر الديون. قال الخصّاف لا يبيع مسكنه وخادمه ويبيع ما سوى ذلك. وقيل يبيع ما سوى [١٣٣١/أ] الإزار. وقيل يترك لنفسه دستاً من الثياب. ويبيع ما سوى ذلك. وقيل دستين وبه السرخسي. ولو كانت له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها يبيعها ويشتري ذلك ببعضها ويصرف الباقي إلى الديون والنفقة.

قال: **ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها.**

لأن التركة خرجت عن ملك زوجها ولأنّها غير محتبسة في جميع الأوقات. فإن لها أن تخرج نهاراً أو بعض الليل.

قال: **وكلّ فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة لها.**

نحو الردّة وتقبيل ابن الزوج. لأنّها صارت حابسة نفسها بغير حقّ فأشبهت الناشزة بخلاف المهر بعد الدخول. لأنّه وجد التسليم في حقّ المهر بالوطئ وبخلاف الفرقة بخيار العتق والبلوغ لأنّها تحق.[6]

قال: **وإن طلقها ثلاثاً[7] ثمّ ارتدّت سقطت نفقتها. وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة.** هـ[8]

---

[1] فاطمة بنت قيس نحو ٥٠ هـ فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية، أخت الضحاك بن قيس الاميرصحابية من المهاجرات الاول. لها رواية للحديث. كانت ذات جمال وعقل وفي بيتها اجتمع أصحاب الشورى عند قتل عمر. الزركلي الأعلام ١٣١/٥.

[2] عبد الرزاق **"مصنّف"** ٢٧/٧؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٧٧/٣.

[3] ف : - ويقضي بالكسوة لكلّ ستة أشهر على عادتهم أما في بخارا تقضي في الصيف بالقميص والسراويل والمقنعة والسراغج... إلى سمعت رسول الله يقول للمطلّقة الثلاثِ النفقةُ والسكنى ما دامت في العدّة ورده أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة.

[4] ط : المحيط

[5] ث : أبو الليث

[6] ف : حق

[7] ف : - ثلاثا

[8] ه : هداية

معناه مكنت بعد الطلاق. لأنّ الفرقة ثبتت بالطلقات الثلاث. ولا عمل فيها للردة والتمكين. لكن المرتدّة تحبس حتّى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس. **شس**[1] للمختضر بخلاف التمكن في حال النكاح فإنه يسقطها. **بط**[2] **شط**[3] طلقها بعد الدخول بشرط أن يبرأ من النفقة والسكنى يبرأ من النفقة دون السكنى. لأنّها خالص حقّ الله تعالى. وكذا إذا اختلفت على أن لا سكنى لها. **ط**[4] فكلّ امرأة لا تستحقّ النفقة حال قيام النكاح كالأمة في بيت المولى والناشزة ونحوهما لا تستحقّ في العدّة. ونفقة العدّة كنفقة النكاح. ويسقط بمضي المدّة إلا بفرض أو صلح رضى. وإن استدانت عليه وهو غائب. فإن كان بقضاء ترجع عليه وبغير قضاء اختلاف الروايات والمشايخ. وكما تستحقّ المعتدّة النفقة تستحقّ الكسوة. وإنّما لم يذكرها في الكتاب. لأنّ العدّة لا تطول غالباً فتستغني عن الكسوة. **شط**[5] إن كانت فرقة المدخول بها بمعصية فلها المهر والسكنى ولا نفقه لها. **ط**[6] الملاعنة والبائنة بالخُلع والإيلاء وردة الزوج ومجامعته أمّها وامرأة العنين وخيار العتق والبلوغ والفرقة بعدم الكفاءة تستحقّ النفقة. والناشزة إذا عادت تعود نفقتها بخلاف المرتدّة إذا أسلمت في العدّة. ولو أبرأت زوجها عن النفقة قبل أن تصير ديناً لا يصحّ إجماعاً. وفي ضمن الخلع يصحّ.

قال: **وإذا حبست المرأة في دين أو غصبها رجل كرهاً[7] أو حجّت مع محرم فلا نفقة لها.**

لفوات الحبس.

قال: **وإن[8] مرضت في منزل** [٣٣١/ب] **الزوج فلها النفقة.**

لبقاء الحبس. وقد مرّت تفاصيله في أول الكتاب.

قال: **وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها.[9]**

لأن كفايتها واجبة عليه. ولا بدّ لها من الخادمة فكان نفقتها من باب كفايتها.

قال: **ولا تفرض لأكثر من خادم واحد.**

---

[1] شس : شرح السرخسي
[2] بط : بحر محيط
[3] شط : شرح الطحاوي
[4] ط : المحيط
[5] شط : شرح الطحاوي
[6] ط : المحيط
[7] ف : + فذهب بها
[8] ف، ق : ومن
[9] ف : نفقة خادمها إذا كان موسراً

وقال أبو يوسف يفرض لخادمين لحاجتها إليهما أحدهما لمصالح الدار والآخر للخارج. ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين. فلا تفرض عليه بدون الضرورة نفقة الاثنين ونفقة الخادم أدنى الكفاية. ه[1] وشرط اليسار إشارة إلى أنّه لا يجب على المعسر على ما روى الحسن عن أبي حنيفة. وهو الأصحّ خلاف محمد. بط[2] فرق أبو حنيفة بين خادم الزوجة والأولاد. فإنه إذا لم يكفهم خادم واحد بفرض نفقة خادمين. ص[3] إذا كانت من بنات الإشراف ولها خدم كثير يجبر على نفقة خادمين. وعن أبي يوسف إذا كانت فائقة لها خدم كثير فعليه نفقة كلهم. ولو قال "لا أنفق على خدمك ولكن أعطي من خدمي من يخدمك" ليس له ذلك. وإن لم يكن لها خادم لا يفرض نفقة خادمها كالقاضي. بط[4] واختلف المشايخ في تفسير خادمها. فقيل هي المملوكة لها حتّى لو كانت حرّة أو مملوكة لغيرها لا نفقة لها. وقيل كلّ من[5] يخدمها. ث[6] لو قالت "أنفق عليهم من مهري" ثمّ قالت "لا[7] أحتسب لأنك استخدمتهم." قال ما أنفق عليهم بالمعروف فهو محسوب. ص[8] وفي كلّ موضع بفرض نفقة الخادم بفرض كسوته وذكر لخادم المرأة المكعب والخفّ دونها والفرق واضح.

قال: **وعليه أن يسكنها في دار منفردة[9] ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك.**

لأن السكنى من كفايتها كالنفقة والكسوة ولا يشاركه[10] فيها أحد. لأنّها تتضرّر بذلك. لأنّها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من الازدواج معاشرة واستمتاعاً. فإذا اختارت ذلك فقد رضيت بسقوط حقّها.

قال: **وإن كان له ولد من غيرها ليس له أن يسكنه معها.**

لما بيّنّا. ه[11] ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لحصول المقصود.[1]

---

[1] ه : هداية
[2] بط : بحر محيط
[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[4] بط : بحر محيط
[5] ق : + كان
[6] ث : أبو الليث
[7] ف : – لا
[8] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[9] ق : – منفردة
[10] ف : ولا يشاركهم
[11] ه : هداية

قال: **وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها الدخول عليها.**

لأن المترل ملكه فله المنع.

قال: **ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها أيّ وقت اختاروا.**

ولأنّ المنع منه قطيعة الرحم. **ه**[2] لا يمنعهم من الدخول والكلام. وإنّما يمنعهم من القرار. لأنّ الفتنة والضرر فيه. وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين. ولا يمنعهم من الدخول [٣٣٢/أ] عليها في كلّ جمعة. وفي غيرها من المحارم التقدير بسنة هو الصحيح. **ط**[3] للزوج أن يسكنها حيث أحبّ ولكن بين جيران صالحين. ولو قالت "إنّه يضربني ويؤذيني فمُره أن يسكنني بين قوم صالحين." فإن علم القاضي بذلك[4] زجره ومنعه عن التعدّي.[5] ولا يسأل الجيران عن صنيعه.[6] فإن صدقوها منعه عن التعدّي[7] في حقّها وألا يتركها ثمة. وإن لم يكن في جواره من يوثق به أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين. **صغر**[8] له امرأتان طلبت إحديهما داراً على حدة. قال محمد بن سلام التدبير فيه إلى الزوج. إن شاء جمع بينهما. وإن شاء فرق بعد أن يوفر على كلّ واحدة حقّها. **ن**[9] **قخ**[10] طلبت الضرة بيتاً على حدة. فإن أمكنه أن يجعل لكلّ واحدة من الضرتين بيتاً على حدة في داره فلها ذلك. وإلاّ فلا. **بط**[11] ولو قالت "لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة" ليس لها ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقول محمد أخرا.

قال: **ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها "استديني عليه."**

[illegible] المختار. فتح القدير

[illegible]

[illegible] ولا يسأل الجيران عن صنيعه. فإن صدقوها منعه عن التعدّي

٨ صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

٩ ن : النوازل

١٠ قخ : قاضي خان

١١ بط : بحر محيط

وقال الشافعي يفرق. لأنّه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابه بالتسريح بالإحسان كما في الجبّ والعنّة. ولنا أن حقّ الزوج يبطل بالتفريق وحقّها يتأخّر. والإبطال أضرّ من التـأخير. قـد[1] وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج بدون رضاه. وإذا كانت الإستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج. وفي أدب القاضي للخصّاف تفسير الاستدانة على الزوج الشراء بالنسيئة لتقضي الثمن من مال الزوج. ط[2] قال مشايخنا فائدة الأمر بالاستدانة على الزوج أنّه يرجع رب الدين على الزوج. ولولا الأمر بها فلا. وفي شرح الإمام الملهم ركن الأئمّة الصبّاغي الاستدانة الاستقراض فإذا استدانت هل تصرّح أنّي أستدين على زوجي أو تنوي. أما إذا صرحت فظاهر. وكذلك إذا نوتْ. وإذا لم تصرح ولم تنو لا يكون استدانة عليه. ولو ادعت أنّها نوت الاستدانة وأنكر الزوج فالقول قوله.

٤٢. ١. ١ فصل في غيبوبة الرجل

قال: **وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترِف[3] به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجه الغائب وولده الصغار ووالديه وأولاده الكبار الذكور والإناث.**

وقال زفر لا يفرض فيه بشيء. لأنّه قضاء على الغائب والمودع ليس بخصم. قلنا لأنّه لما أقرّ بالزوجية والوديعة فقد أقرّ بأن حقّ الأخذ لها. لأنّ للزوجة أن تأخذ حقّها من مال زوجها بغير [٣٣٢/ب] رضاه. وإقرار صاحب اليد يقبل في حقه. ولو أنكر أحد الأمرين لا تقبل بيّنة المرأة فيه. لأنّ المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات[4] حقوق الغائب. هـ[5] وكذا يفرض إذا علم القاضي بذلك ولم يعرف به. وكذا إذا كان المال في يد مضاربه. وكذا في الدين. وهذا إذا كان المال من جنس حقّها دراهم أو دنانير أو طعاماً أو كسوة من جنس حقّها. أما إذا كان من خلاف جنس حقّها لا تفرض النفقة فيه. لأنّه يحتاج فيه إلى البيع. ولا يباع مال الغائب بالإنفاق.

قال: **ويأخذ منها كفيلاً**.[6]

نظراً للغائب. لأنّها ربما استوفت نفقتها أو طلقها الزوج وانقضت عدّته بخلاف ما إذا قسم الميراث بين ورثة حضور بالبيّنة. ولم يقولوا لم نعلم له وارثاً سواهم حيث لا يؤخذ منهم كفيل عند أبي

---

[1] ق : شرح قدوري كبير
[2] ط : المحيط
[3] أ، ف : يعترف
[4] ف : – الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات
[5] ه : هداية
[6] ف : + بها

حنيفة. لأنّ المكفول له ثمة مجهول وهنا معلوم وهو الزوج. ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظراً للغائب. **بط**[1] و لم يذكر أنّه يأخذ منها كفيلاً بنفسها أو بما أعطاها. وذكر في **شس**[2] فإذا حلفت وأعطاها النفقة أخذ منها كفيلاً بذلك. **بط**[3] وهو الصحيح. فإن حضر الزوج وأقام بيّنة على أنّه أوفاها النفقة يأخرها القاضي برد ما أخذت. **شس**[4] والكفيل ضامن لما أخذت. وإن لم يكن للزوج بيّنة وحلفت على ذلك فلا شيء على الكفيل. وإن نكلت ونكل الكفيل لزمها وله الخيار في مطالبة أيهما شاء. هذا إذا كان النكاح معلوماً للقاضي. وأما إذا لم يكن لا يسمع بيّنتهما بالنكاح ولا النفقة عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر يسمع البيّنة ولا يقضى بالنكاح. ويعطيها النفقة من مال الزوج. وإن لم يكن له مال يأمرها بالاستدانة عليه. فإن حضر وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين. وإلا كفلها إعادة البيّنة. فإن لم تعد أمرها برد ما أخذت و لم يقض لها بشيء مما استدانت عليه. هذا قول زفر وقول أبي يوسف الأوّل على ما نصّ عليه في **ص**.[5] وكان أبو حنيفة يقول أوّلا يقضى بالنفقة على الغائب. وهو قول إبراهيم. ثمّ رجع إلى قول شريح أنّه لا يقضي. وعند محمد لا يقضي قولاً واحداً. وما يفعله القضاة في زماننا من قبول بيّنة المرأة وفرض نفقتها على الغائب. إنّما ينفذ لكونه مختلفاً فيه مع زفر أو معه وأبي يوسف على ما ذكره الخصّاف. وهو أرفق بالناس. ولا تحتاج المرأة إلى إقامة البيّنة أنّه لم يخلف النفقة. وإنّما يقيمها على الزوجية. ولو أنفق المودع أو المديون على والد المودع أو ولده أو امرأته بغير أمره يضمن ولا يبرأ. ولكن [٣٣٣/أ] يرجع المنفق على من أ نفق. وإذا لم يكن للغائب مال حاضر وطلبت سماع بيّنتها بالنكاح وفرض النفقة والأمر بالاستدانة عليه لم يجبها القاضي إلى شيء من ذلك في قول أبي حنيفة آخراً. وهو قول أبي يوسف ومحمد. وعلى قول أبي حنيفة الأوّل وقول زفر يجبه إليها. فكان لأبي حنيفة في جواز القضاء على الغائب روايتان. فكان فصلاً مجتهداً فيه محلّ.[6]

قال: **ولا يقضي بنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء.**

لأن نفقة هؤلاء واجبه بإجماع الأمّة قبل القضاء فكان القضاء إعانة لهم. ونفقة سائر المحارم مجتهد فيها. وإنّما تجب بالقضاء. والقضاء على الغائب لا يجوز. **بط**[7] يجبر الأب على نفقة امرأة ابنه الغائب وعلى نفقة ولدها. **فك**[1] ولا يجبر الأخوة والأعمام على ذلك فيمن غاب وانقطع خبره.

---

[1] بط : بحر محيط
[2] شس : شرح السرخسي
[3] بط : بحر محيط
[4] شس : شرح السرخسي
[5] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

: بحر محيط

قال: **وإذا قضى القاضي[1] بنفقة الإعسار ثمّ أيسر فخاصمته تمّم لها نفقة الموسر.**

لأن النفقة إنّما تجب بحسب اليسار والإعسار حالاً فحالاً. فإذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقّها.

قال: **وإذا مضت مدّة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا نفقة[3] لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدارها فيقضي لها بنفقة ما مضى.**

وقال الشافعي يقضي كالأجر والمفروض. ولنا أن النفقة صلة. وليست بعوض عن ملك النكاح عندنا على ما مرّ. فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بقضاء. والصلح كالقضاء أيضاً. لأنّ ولايته على نفسه أقوى.

قال: **وإذا مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة.** ه[4]

وكذا إذا ماتت الزوجة. لأنّ النفقة صلة. والصِلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض. وعند الشافعي لا تسقط بالموت كسائر الدين. وجوابه ما مرّ. بط[5] وكذا لو طلقها الزوج في هذا الوجه تسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي.

قال: **وإن أسلفها نفقة السنة ثمّ مات لم يسترجع منها بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج.**

وبه الشافعي. وعلى هذا بخلاف الكسوة. لأنّها استعجلت عوضاً عما يستحقّه عليه بالاحتباس. وقد بطل الاستحقاق بالموت. فيبطل العوض بقدره. ولهما أنّه صلة كرزق القاضي وعطاء المقاتلة. وقد اتّصل به القبض فتأكد ولا رجوع في الصّلات بعد الموت كالهبة. ولهذا لو هلكت [٣٣٣/ب] بدون استهلاكه لا يسترد شيئاً منها بالإجماع. وعن محمد إن بقى بعد الموت نفقة شهر فصاعداً يسترجع. وإلاّ فلا. بط[6] على قول أبي حنيفة الأوّل تصير نفقة الزوجة ديناً على الزوج قبل القضاء والتراضي. وبه الشافعي.

قال: **وإذا تزوّج العبد حرّة فنفقتها دين عليه يُباع فيها.**

---

[1] فك : فتاوى ابو الفضل الكرماني

[2] ف : + لها

[3] ق : شيء

[4] ه : هداية

[5] بط : بحر محيط

[6] بط : بحر محيط

معناه تزوّج بإذن المولى. لأنّها دين وجب في ذمته عملاً بالسبب. وقد ظهر وجوبه في حقّ المولى لإذنه فيتعلّق برقبته كدين التجارة وله الفداء. لأنّ حقّها في النفقة لا في عين الرقبة. فإذا مات العبد سقطت النفقة. وكذا إذا قتل في الأصحّ. ط[1] وإذا تزوّج المدبّر بإذن المولى فنفقتها يتعلّق بكسبه. وكذا المكاتب ما دام مكاتباً. فإذا عجز بيع فيها.[2] وإن تزوّجوا[3] بغير إذن الموالي فلا نفقة عليهم ولا مهر. وإنّما تجبان بعد العتق في المستقبل لنفاذ النكاح.

قال: **وإذا تزوّج الحرّ[4] أمة فبوّأها مولاها معه مترلاً فعليه النفقة.**

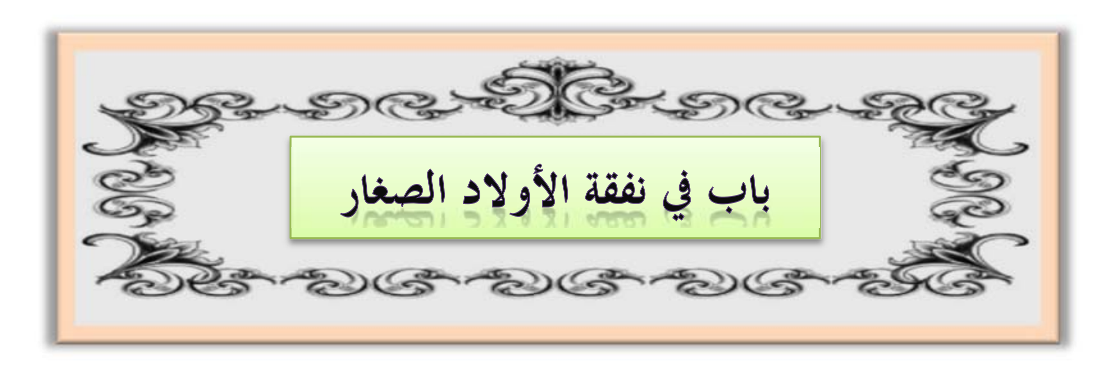
لتحقّق الإحتباس.

قال: **وإن لم يبوأها فلا نفقة[5]**

لعدم الاحتباس. هـ[6] ط[7] وتفسير التَّبْوِئة أن يخلي بينها وبينه في مترله ولا يستخدمها. ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها لفوت[8] الاحتباس. ولو خدمته أحياناً بدون استخدامها لا تسقط النفقة لأنّه لم يستردها. ولو استخدمها أهل المولى عند غيبته ومنعوها منه سقطت النفقة. والمدبّرة وأمّ الولد في هذا كالأمة. بط[9] وكذا إذا تزوّج العبد أو المكاتب أو المدبّر بأمة رجل. وإذا زوج[10] أمته من عبد فنفقتهما عليه بوّأ لها بيتاً أو لا. ط[11] ولا نفقة في النكاح الفاسد ولا في العدّة منه. ولو أنفق عليها مدّة ثمّ تبين فساد النكاح. فإن كان يفرض القاضي يرجع.[12] وإلاّ فلا.

---

1 ط : المحيط
2 ف : – وإذا تزوج المدبّر بإذن المولى فنفقتها يتعلّق بكسبه. وكذا المكاتب ما دام مكاتباً. فإذا عجز بيع فيها
: رجع



٤٢. ٢ باب في نفقة الأولاد الصغار

قال: **ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة.**[١]

لقوله تعالى ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ** ﴾[٢] وقال تعالى ﴿ **وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف** ﴾[٣] ألزم الأب أجرة الرضاع والنفقة والكسوة فلم تشارك الأمّ الأب في نفقة الولد. وهي أقرب إليه فلم يشاركه غيره.[٤] ط[٥] وعن أبي حنيفة أن نفقته على الأب والأم أثلاثاً.[٦]

قال: **فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمّه أن ترضعه.**

لأنّه كالنفقة. وهي على الأب وعسى لا تقدر عليه فلا تجبر عليه. هـ[٧] وقيل في تأويل[٨] قوله تعالى ﴿ **لا تضارّ والدة بولدها** ﴾[٩] بإلزامها الإرضاع مع كراهتها. [٣٣٤/أ] وهذا إذا وجدت مرضعة. وأما إذا لم توجد تجبر على إرضاعه صيانة للولد عن الضياع. ط[١٠] وقيل لا تجبر. والأصحّ أنّها تجبر عند الكلّ.

قال: **ويستأجر الأب من تُرضعه عندها.**

الولد. المبسوط

معناه إذا أرادت ذلك. لأنّ الحجر والحضانة لها والنفقة عليه.

قال: **وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدّته لتُرضع ولدها لم يجز.**

لأن الإرضاع مستحقّ عليها ديانة. قال تعالى ﴿ **والوالدات يُرضعن أولادهن** ﴾[1] لكنّها عُذرت لاحتمال عجزها. فإذا أرضعته بالأجر ظهر قدرتها فوجب الإرضاع عليها. فلا يجوز أخذ الأجرة عليه. وهذا في المعتدّة عن طلاق رجعي. وفي المبتوتة روايتان. **شق**[2] ولو استأجرها على رضاع ابنه من غيرها جاز لعدم الوجوب.

قال: **وإن انقضت عدّتها فاستأجرها على إرضاعه جاز.**

لأنّها كالأجنبية لزوال ملكه بالكلية.

قال: **وإن قال الأب "لا أستأجرها" وجاء بغيرها فرضيت الأمّ بمثل أجرة الأجنبية كانت[3] أحق.**

لأنّها أشفق عليه فكان أنظر له.

قال: **وإن التمست زيادة لم تجبر الزوج عليها.**

دفعاً للضرر عنه. وإليه وقعت الإشارة بقوله تعالى ﴿ **ولا مولود له بولده** ﴾[4] **بط**[5] لمدّة الرضاع ثلاثة أوقات أدنى. وهو حول ونصف وأوسط. وهو حولان. وأقصى وهو حولان ونصف حتّى لو نقص عن الحولين لا يكون شططاً. ولو زاد لا يكون تعدياً. ولو استغنى الولد دون الحولين ففطمته في حول ونصف بالإجماع يحلّ ولا تأثم. ولو لم يستغن بحولين حلّ لها أن ترضعه بعدهما عند عامّة المشايخ إلا عند خلف بن أيوب.[6] أما الكلام في استحقاق الأجر. **شح**[1] فهو على الخلاف حتّى أن المبانة تستحقّ إلى حولين

---

[1] البقرة ٢٣٣/٢

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

الشيخ

ونصف عنده. وعندهما إلى حولين فقط. وأكثر المشايخ على أن مدّة الرضاع في حقّ الأجر حولان عند الكلّ حتّى لا يستحقّ بعد الحولين إجماعاً. ويستحقّ في الحولين إجماعاً. **قد**[2] قال الضحاك[3] إذا لم يكن للصبي أو للأب مال أجبرت الأمّ على الإرضاع. وقال أصحابنا إذا غاب وليس له مال وترك امرأة ذات مال وصغير تجبر على الإنفاق عليه ثمّ ترجع على زوجها. قالوا إذا كان للصبي مال فمؤنة الرضاع ونفقته بعد الفطام في مال الصغير. ولو كان للصغير عقار أو ثياب واحتاج إلى النفقة فللأب بيع ذلك كلّه.[4] ولو كان ماله غائباً يؤمر الأب بالإنفاق عليه ثم يرجع إذا أشهد على [٣٣٤/ب] ذلك. وإلاّ فلا. **بط**[5] **شس**[6] الأب معسر وأمه موسرة أو أخوه أو عمه يعطى النفقة ويكون ديناً على أبيه. **فخ**[7] **مل**[8] أبوه معسر وجدّه موسر وللصبي مال غائب ينفق الجدّ عليه ويرجع على الأب. ثمّ يرجع الأب في مال الصغير. وإن لم يكن له مال كان ديناً على الأب. وكذا لو كان له أم موسرة أو جدّة موسرة. وإن كان الأب زمناً لا شيء عليه. ولو كان له أم موسرة وجدّ موسر تنفق الأمّ دون الجدّ. ولو استأجر زوجته من مال الصبي لإرضاعه جاز ومن[9] ماله لا يجوز حتّى لا يجتمع عليه نفقة النكاح والإرضاع.

قال: **ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه.**

لإطلاق النصوص وقوة القرابة

قال: **كما يجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه**

القرشي الجواهر المضيئة ٢٣١/١.

١ شح : شمس الأئمة الحلواني

٢ قد : شرح قدوري كبير

الذهبي كان

يطوف عليهم على حمار وذكره ابن حبيب تحت عنوان أشراف المعلمين وفقهاؤهم. له كتاب في التفسير توفي بخراسان. الزركلي الأعلام

النفس. البحر الرائق ١٣٥/١٠.

٥ بط : بحر محيط

٦ شس : شرح السرخسي

٧ فخ : فتاوى خواهر زاده

٨ مل : الأمالي

٩ ق : في

لقوّة السبب. ط[1] وإذ تزوّج العبد أو المدبّر أو المكاتب امرأة بإذن المولى فولدت أولاداً لا يجبر على نفقة الأولاد سواء كانت أمّهم حرّة أو أمة أو مدبّرة أو أمّ ولد أو مكاتبة بخلاف نفقة المرأة ونفقـــة أولاد المكاتبة عليها وأولاد الأمة والمدبّرة وأمّ الولد على مواليهنّ. وفي الحرّة على مـــن يـــرث الأولاد الأقـــرب فالأقرب.

[1] ط : المحيط



٤٣ كتاب الحضانة





٤٣. ١ باب حكم الولد عند افتراق الزوجين

قال:[١] **وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأمّ أحقّ بالولد.**[٢]

الحمامةبيضها حضونا أي جعلته في حضنها وحضنه

عن حاجته أي حبسه وحضنه عن الأمر إذا نحاه عنه والحضن ما دون الإبط. البحر الرائق

حقه. البحر الرائق ١٧٩/٤.

لما روي أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاءً وحجري له حِواءً وثديّ لـــه سقاءً وزعم أبوه أنّه ينتزعه منيّ[1] فقال ﷺ « **أنت أحقّ به ما لم تتزوّجي** »[2] ولأنّ الأمّ أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر للصبي. ولهذا قال أبو بكر الصدّيق لعمر رضي الله عنه حين فارق امرأته[3] وطلب الولد لربح ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر لمحضر من الصحابة.[4] هـ[5] ط[6] ولا تجبر الأمّ عليه عساها لا تقدر على حضانته.[7]

قال: **فإن لم تكن فأمّ الأمّ أولى من أمّ الأب.**

لأنّها تدلي بالأمّ إليه. وهذه الولاية في الأصل فمن كانت أقرب إليها كانت أولى.

قال: **فإن لم تكن فأمّ الأب أولى من الأخوات.**

لأنّها أمّ وشفقتها أوفر.

قال: **فإن لم تكن جدّة فالأخوات أولى من العمّات والخالات.**[8]

---

[1] ... المختص. فتاوى معاصرة ١/٩٦.

[2] أبو داود السنن **"طلاق"** ٣٤؛ الدارقطني السنن **"طلاق"** ٣/٣٠٤؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢/١٨٢؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٧/١٥٣؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

... متوافرون. اهـ

... أحق. المبسوط ٥/٢١١.

لأنهن بنات الأبوين فكنّ أقرب. ولهذا قدمن في الميراث عليهنّ. وروي أن الخالة أولى من الأخت لأب لقوله ﷺ « **الخالة والدة** »[1]

قال: **وتقدم الأخت من الأب والأمّ.**

لأنّها أشفق وأقرب.

قال: **ثمّ الأخت من الأمّ.**

لأنّها من قبل الأمّ

قال: ثمّ الأخت من الأب [٣٣٥/أ] ثمّ الخالات أولى من العمات ينزلن كما نزلت الأخوات.

ترجيحاً لقرابة الأمّ

قال: **ثمّ العمّات ينزلن كذلك. وكل من تزوّجت من هؤلاء سقط حقّها في الحضانة إلا الجدّة إذا كان زوجها الجدّ.**

لما مرّ من قوله ﷺ « **أنت أحقّ به ما لم تتزوّجي** »[2] ولأنّ الرابّ الأجنبي يعطيه نزراً. وينظر إليه شزراً إلا الجدّ.[3] فإنه أشفق من الأب. هـ[4] وكذا كلّ زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة المدلول عليها بالقرابة. ومن سقط حقّها بالتزوّج يعود إذا ارتفعت الزوجية.

قال: **فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله واختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً.**

لأن الولاية لأقرب العصبات. لكن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العمّ حذار[5] الفتنة.

قال: **والأم والجدّة أولى[6] بالغلام حتّى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده.** صغر[1]

---

١ أبو داود السنن "**طلاق**" ٣٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٦/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٦٨/٣.

٢ أبو داود السنن "**طلاق**" ٣٤؛ الدارقطني السنن "**طلاق**" ٣٠٤/٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٨٢/٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٥٣/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

المانع. الجوهرة النيرة ٣٥٥/٤.

٤ ه : هداية

٥ ف : حذر

٦ ق : أحق

حتّى يستغني فيأكل ويشرب ويلبس وحده. ه[2] والمعنى واحد. لأنّ تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء. لأنّه متى استغنى يحتاج إلى معرفة آداب الرجال. والأب أهدى إليه. والخصّاف قدر الاستغناء بسبع سنين. وقيل الخصّاف قدره بتسع. والأوّل صحّ. شط[3] وقيل أراد بالاستنجاء الوضوء. وقيل نفس الاستنجاء.

قال: **وبالجارية حتّى تحيض.**

لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء. والمرأة عليها أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ. والأب فيه أقوى وأهدى. وعن محمد أنّها تدفع إلى الأب إذا بلغت حدّه الشهوة للحاجة إلى صيانته.

قال: **ومن سوى الأمّ والجدّة أحقّ بالجارية حتّى تبلغ حداً تشتهى.** جص[4]

حتى تستغني. لأنّها لا تقدر على استخدامها. ولهذا لا تؤاجرها للخدمة بخلاف الأمّ والجدّة لقدرتها عليه شرعاً شط[5] عن أبي يوسف ومحمد الأمّ والجدّتان أحقّ بها حتّى تشتهى. وهذا يختلف باختلافهن سمناً وهزلاً وقبحاً وجمالاً.

قال: **والأمة إذا أعتقها مولاها وأمّ الولد إذا أعتقت في الولد كالحرة.**

لأنهما حرّتان كسائر الحرائر.

قال: **وليس للأمة وأمّ الولد قبل العتق حقّ في الولد**

لعجزهما عن الحضانة لاشتغالهما بخدمة المولى. ه[6] شط[7] ولا حضانة للأمة والمدبّرة وأمّ الولد والمكاتبة لاشتغالهنّ بخدمة المولى. لكن إن كان الولد رفيقاً كنّ أحقّ به. لأنّه مملوك لمولى الأمّ وهذا إذا ولدت قبل الكتابة. وإن ولدت بعدها فهي أولى به لدخوله في الكتابة. وإن كان المستحقّون للحضانة أخوة فأصلحهم. فإن تساووا فأسنّهم. وعن محمد لا حقّ لذكر من قبل النساء. ولا حقّ في الحضانة لغير المحرم ولا للأمّ إذا لم تكن مأمونة ولا [٣٣٥/ب] للعصبة الفاسق. ولا تجبر الأمّ على الحضانة. وفي اختيار أبي

---

١ صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
٢ ه : هداية
٣ شط : شرح الطحاوي
٤ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
٥ شط : شرح الطحاوي
٦ ه : هداية
٧ شط : شرح الطحاوي

الليث والهندواني تجبر. لأنّها أحقّ الولد. وإذا امتنع الأب بعد الاستغناء عن الأخذ تجبر. **ه**[1] **شط**[2] ولا خيار للغلام والجارية. وقال الشافعي لهما الخيار ل« **أنّه** ﷺ **خيّر غلاماً** »[3] ولنا أنّه يختار من يدعه للعب فيفوت النظر والصحابة لم يخيروا.[4] وأما الحديث فقال ﷺ « **اللهم اهده فوفق لاختيار الأنظر** »[5]

قال: **والذمية أحقّ بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان ويخاف أن يألف الكفر.**

لأنّها أشفق إلا إذا خيف على دينه بأن يعقل الأديان ومفسدة الخلل في الديانة أعظم من مفسدة الخلل في الحضانة.

قال: **وإذا أرادت المطلّقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد كان الزوج تزوّجها فيه.**

لأن تغريب الولد إضرار به وبالأب ووطنها ليس بدار غُربة لها ولا لولدها فلا تمنع منه. ولأنّه لما تزوّجها في وطنها فقد التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً. قال ﷺ « **من تأهل ببلدة فهو منهم** »[6] ولهذا يصير الحربي[7] به ذمياً. **ه**[8] وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوّج فيه. أشار في **جص**[9] إلى أنّه لها ذلك. لأنّ العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كالبيع ونحوه. ومن جملة ذلك حقّ الإمساك الأولاد. وفي رواية كتاب الطلاق ليس لها ذلك. لأنّ التزوّج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عُرفاً. وهذا أصح. فالحاصل أنّه لا بدّ من الأمرين جميعاً التوطّن ووجود التزوّج فيه. وهذا إذا كان بين المصرين تباعد. فأما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس. وكذا الجواب في القريتين. ولو انتقلت من قرية إلى مصر لا بأس به. لأنّ فيه نظراً للصبي. لأنّه يتخلق بأخلاق أهل المصر بخلاف عكسه. لأنّ فيه ضرراً بالصبي لتخلّقه بأخلاق أهل السواد. **شط**[10] ولا ينتقل من مصر إلى قريته. وإن كانت قريبة وليس لغير الأمّ ولا لأمّ الولد إذا أعتقت أن تخرج بالولد من المصر الذي فيه أبوه. لأنّ الإخراج بالعقد. وليس للأم إخراج الولد إلى دار الحرب. وإن كان العقد ثمة لأنّه تعريض له للسبي.

---

[1] ه : هداية

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] الترمذي السنن "**أحكام**" ٢١؛ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٢٢؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

[4] [illegible] يخيروا. فتح القدير ٩/٤٠٦.

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢٦٩؛ العسقلاني "**الدراية**" ٢/٨٢.

[6] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢٧١؛ العسقلاني "**الدراية**" ٢/٨٢.

[7] ف : - الحربي

[8] ه : هداية

[9] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[10] شط : شرح الطحاوي

قال: **وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه**

لقوله تعالى في حقّ الأبوين ﴿ **وصاحبهما في الدنيا معروفا** ﴾[1] وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً. والآية نزلت في الكافرين. وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الأباء والأمهات حتّى قاموا مقامهم في الإرث عند عدمهم. ولأنّهم [٣٣٦/أ] سبب لإحيائه فاستوجبوا الإحياء عليه كالأبوين وشرط الفقر. لأنّه لو كان ذا مال فنفقته في ماله أولى. ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين للآية.

قال: **ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا الزوجة والأبوين والأجداد والجدّات والولد وولد الولد.**

أما الزوجة والأبوان فلما مرّ. وأما غيرهم فلأن الجزية ثابتة. وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزءه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين. لأنا نهينا عن برّ من يقاتلنا في الدين. ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم. وكذا على عكسه. لأنّ النفقة متعلّقة بالإرث لقوله تعالى ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[2] ولا وراثة بينهما بخلاف العتق عند الملك. لأنّه متعلّق بالقرابة والمحرمية بالحديث.

قال: **ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد.**

لأن لهما تأويلاً في مال الولد بالنصّ. ولا تأويل لهما في غيره ولأنّه أقرب الناس إليهما فكان أولى بوجوب نفقتهما عليه. هـ[3] وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح. لأنّ المعنى يشملهما.

٤٣ .١ .١ فصل في النفقة لكلّ ذي رحم محرم

قال: **والنفقة لكلّ ذي رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً زَمِنا أو أعمى فقيراً.**

وقال الشافعي لا تجب إلا للوالدين اعتباراً بالقرابة البعيدة. ولو وجبت لما شرط اليسار كما في قرابة الولادة. ولنا أن صلة قرابة ذي الرحم المحرم واجبة. قال تعالى ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[4] وفي

---

[1] لقمان ١٥/٣١
[2] البقرة ٢٣٣/٢
[3] ه : هداية
[4] البقرة ٢٣٣/٢

قراءة ابن مسعود ﷺ وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك. ثمّ الحاجة شرط. والصغر والأنوثة والعمى والزمانه أمارة الحاجة لتحقّق العجز. فإن القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الأبوين. لأنّه يلحقهما تعب الكسب. والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب. بط[1] ص[2] ولا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته إذا كان رجلاً صحيحاً. وإن عجز عن الكسب إلا في الوالد والجدّ أب الأب. وفي أب الأمّ روايتان. ط[3] أما الكبار الأصحّاء فلا تقضي بنفقتهم على غيرهم. وإن كانوا فقراء إلا الأبوين والجدّ والجدّة مع عدمها. ط[4] شرط في الكتاب لنفقة الوالدين كون الابن موسراً. وهكذا ذكره شب[5] شس[6] واعتبر الخصّاف القدرة على الإنفاق و لم يعتبر اليسار وإذا كان الأب كسوباً والإبن كسوباً.[7] شب[8] شس[9] يجبر الإبن على الكسب والنفقة [٣٣٦/ب] على الأب. شح[10] لا يجبر بط[11] ثمّ لا بدّ من معرفة اليسار الذي هو شرط لوجوب النفقة. فعن أبي يوسف أنّه اعتبر نصاب الزكاة. شب[12] المعتبر يسار محرم للصدقة. وهو الصحيح. وعن محمد إذا فضل من نفقة شهر لنفسه وعياله يجبر على نفقة الأقارب. وعنه إذا فضل عنه من نفقة يومه. شح[13] البالغ إذا كان عاجزاً عن الكسب. وهو صحيح. فنفقته على الأب. وهكذا قالوا في طالب العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب لا يسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأنثى قد[14] خلافه.

قال: **ويجب ذلك على قدر[15] الميراث.**

لأن قوله تعالى ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾[1] ينبئ عن ذلك ولأنّ الغرم بالغنم.

---

[1] بط : بحر محيط
[2] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[3] ط : المحيط
[4] ط : المحيط
[5] شب : شرح بكر خواهر زاده
[6] شس : شرح السرخسي
[7] [illegible] الفقر. البحر الرائق ٤/٢٢٤.
[8] شب : شرح بكر خواهر زاده
[9] شس : شرح السرخسي
[10] شح : شمس الأئمة الحلواني
[11] بط : بحر محيط
[12] شب : شرح بكر خواهر زاده
[13] شح : شمس الأئمة الحلواني
[14] قد : شرح قدوري كبير
[15] ف : مقدار

قال: **وتجب نفقة الإبنة البالغة والإبن الزمن على أبويه[2] على الأب الثلثان وعلى الأمّ الثلث.**

باعتبار الإرث. ه[3] ط[4] وهذا رواية الخصّاف والحسن. وفي ظاهر الرواية كلّ النفقة على الأب كما في الصغير. ووجه الظاهر أنّه اختصّ في الصغير بالولاية فتختص بالنفقة كصدقة الفطر. ولا كذلك في الكبير لعدم الولاية. ه[5] وفي غير الوالد تعتبر قدر الميراث حتّى تكون نفقة الصغير على الأمّ والجدّ أثلاثاً. ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرّقات أخماساً على قدر الميراث. وفي الأخوة المتفرّقين أسداساً على الأخ لإم. والباقي على الأخ لأب وأمّ غير أن المعتبر أهلية الميراث لا إحرازه. فإن المعسر إذا كان له خال وابن عمّ فنفقته على خاله. وميراثه لابن عمّه. ولأنّ النفقة تختصّ بذي الرحم المحرم. بط[6] حتّى لو كان له أمّ وابن عمّ فالنفقة على الأمّ. وفي شب[7] هكذا ولو كان له أمّ وابن فالنفقة كلّها على الابن. وهل يرجع العمّ أو العمّة على الأب إذا أيسر بما أنفق على الصغير. شص[8] لا يرجع من يؤدي النفقة على الأب وعلى الابن بخلاف الأمّ إذا أيسر زوجها. شس[9] يرجع شب[10] فيه اختلاف المشايخ.

قال: **ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين.**

لبطلان أهلية الوراثة. وهي العلّة.

قال: **ولا تجب على الفقير.**

لما مرّ.

قال: **وإذا كان للإبن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه.**

وإنه من باب الإعانة على ما بيّنّا.

قال: **وإن باع أبوه متاعه في نفقته جاز عند أبي حنيفة.**

وهذا استحسان.

---

[1] البقرة ٢/٢٣٣
[2] ف، ق : + أثلاثا
[3] ه : هداية
[4] ط : المحيط
[5] ه : هداية
[6] بط : بحر محيط
[7] شب : شرح بكر خواهر زاده
[8] شص : شرح الصباغي
[9] شس : شرح السرخسي
[10] شب : شرح بكر خواهر زاده

قال: **وإن باع العقار لم يجز.**

وعندهما لا يجوز ذلك كلّه. وهو القياس لانقطاع ولاية الأب بالبلوغ. ولهذا لا يملكه حال حضوره. ولا يملك البيع في ديونه غير النفقة. وكذا لا تملكه الأمّ في النفقة. ولأبي حنيفة أن للأب ولاية [٣٣٧/أ] الحفظ في مال الغائب اعتباراً بالوصي وبل أولى. وبيع المنقول من باب الحفظ. ولا كذلك العقار. لأنّها محفوظة بنفسها وبخلاف غير الأب من الأقارب. لأنّه لا ولاية لهم أصلاً في التصرّف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر. وإذا جاز بيع الأب والثمر من جنس حقّه. وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار. والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية. ثمّ له أن يأخذ نفقته. لأنّه جنس حقّه.

قلت وبما ذكرنا تقرّر أن ما وقع في كثير من نسخ المختصر. وإن باع أبوه متاعه في نفقتهما ليس بسديد. والألف زيادة وقعت من الكتبة. لأنّه لا ولاية للأمّ في بيع مال ابنه الغائب أصلاً.

قال: **وإذا كان للإبن الغائب مال في يد أبويه فأنفقا منه لم يضمنا.**

لأنهما استوفيا حقّهما لوجوب نفقتهما قبل القضاء.

قال: **وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن.**

لأنّه تصرف في مال الغير بغير إذنه. لأنّه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما إذا أمر القاضي به. لأنّ أمره ملزم لعموم ولايته. وإذا ضمن لا يرجع على القابض. لأنّه ملكه. وظهر أنّه كان متبرّعاً.

قال: **وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة فمضت مدّة سقطت.**

لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية حتّى لا يجب للموسر. وقد حصلت الكفاية بمضيّ المدّة بخلاف نفقة الزوجة المفروضة. لأنّها تجب مع يسارها فلا تسقط بالاستغناء فيما[1] مضى.

قال: **إلا أن يأذن القاضي في الاستدانة عليه.**

لأن أمره وإذنه كإذن الغائب فيصير ديناً في ذمّته فلا يسقط بمضي المدّة. **بط**[2] يفرض على الأب المعسر نفقة ولده الصغير إذا كان قادراً على الكسب. فإن أبى أن يكسب يجبر ويحبس عليه بخلاف سائر الديون. فإن الوالدين وإن علوا لا يحبسون بديون الأولاد. قال ذكر الخصّاف أنّه يحبس. وإن كان عاجزاً عن الكسب لزمانة به يتكفف الناس وينفق عليهم.[3] وقيل تجب نفقتهم في بيت المال. وفي آداب القاضي في

هذه الصورة تفرض النفقة على الزوج. ويأمر المرأة بالاستدانة عليه التمست ذلك أو لا. فإذا أيسر طالبته بالدين. فإن لم تستدن عليه بعد الفرض. لكنّهم كانوا يأكلون من مسألة الناس لم ترجع عليه بشيء. وليس هذا في حقّ الأولاد خاصّة بل في نفقة جميع المحارم. وذكر في أبواب زكاة الجامع أن نفقة المحارم تصير ديناً بقضاء القاضي. **ط**[1] وفيه اختلاف المشايخ.

قال: **وعلى المولى أن ينفق على عبده** [٣٣٧/ب] **وأمته.**

لقوله ﷺ في المماليك « **أنهم إخوانُكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم. أطعِموهم مما تَأكُلون وألبسِوهم مما تلبَسون ولا تُعذّبوا عباد الله** »[2]

قال: **فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا.**

لأن فيه نظراً للجانبين.

قال: **وإن لم يكن لهما كسب أجبر المولى على بيعهما.**

لأنّ في البيع إبقاء حقّهما وإبقاء حقّ المولى بالخلف بخلاف سائر الحيوانات والأبنية والزروع والأشجار. لأنّ المماليك من أهل الاستحقاق دون غيرها فلا يجبر على نفقتها. لكنّه يؤمر به في سائر الحيوانات ديانة. وعن أبي يوسف أنّه يجبر. والأوّل أصحّ. **بط**[3] وفي المدبّر وأمّ الولد يجبر المولى على الإنفاق لا غير. **ن**[4] إذا أقتر عليه مولاه في نفقته ليس له أن يأكل من مال مولاه. لكنّه يكتسب فيأكل إلا إذا كان صغيراً أو جارية أو عاجزاً عن الكسب فله أن يأكل. فإن لم يأذن له في الكسب فله أن يأكل من ماله. **خك**[5] وللعبد أن يأخذ من مال سيّده قدر كفايته. **ط**[6] ولو تنازعا في أمة أو عبد في أيديهما يجبران على نفقته. **بط**[7] نفقة الدابّة المستأجرة على الآجر. **جت**[8] إذا شرط العلف على المستأجر لم يضمن. وإن لم

الذخيرة. البحر الرائق ٢١٩/٤.

١ ط : المحيط

٢ مسلم الصحيح "**الزهد والرقائق**" ١٨؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٤٤٨/٩.

٣ بط : بحر محيط

٤ ن : النوازل

٥ خك : خلاصة الأكمل

٦ ط : المحيط

٧ بط : بحر محيط

٨ جت : جمع التفاريق للبقالي

يعلفها حتّى ماتت. لأنّ بدل المنافع تعود إلى مالك الرقبة. ومن ركب فرساً حبيساً في سبيل الله فنفقته عليه حتّى يردّه والعبد الموصا له بالخدمة نفقته على الموصا له. ثمّ الأصل إن من كانت له المنفعة أو بدلها فالنفقة عليه سواء كان مالكاً أو لا.[1]

[1] ق : + والله تعالى أعلم بالصواب



٤٤ كتاب العتاق



اعلم[1] أن الإعتاق[2] تصرف مندوب مرضي لمالك المملوك والمماليك محبوب دلّت عليه المشاهير من الأخبار والصحيحة الآثار. منها قوله ﷺ « **أيُّما مسلمٍ أَعتَق مؤمناً أَعتق الله تعالى بكلّ عضوٍ منه عضواً من النار** »[3] ولهذا يستحبّ أن يعتق الرجل عبداً والمرأة أمة ليتحقّق مقابلة الأعضاء بالأعضاء والعتق الخروج من المملوكية. كذا قاله[4] في المغرب يقال "عتق العبد وأعتقه مولاه." وقد يقام العتق مقام الإعتاق. ومنه قوله "مع عتق مولاك مولاك إياك" إذا عرفنا هذا.

الاسقاطات

بمقابلة. فتح القدير

بالأعضاء. المبسوط ٦٠/٧.

٣ البخاري الصحيح **"كفارة الأيمان"** ٦؛ مسلم الصحيح **"عتق"** ٢١-٢٤.

٤ ف، ق : قال



٤٤. ١ باب شرائط الإعتاق

قال الشيخ: **العتق يقع من الحرّ البالغ العاقل في ملكه.**

شرط الحرّية. لأنّ العتق إسقاط الملك. ولا ملك للرقيق والبلوغ. لأنّ الصبي ليس من أهله. [٣٣٨/أ] لأنّه تبرّع. وهو ضرر ظاهر. ولهذا لا يمكن الولي عليه والعقد. لأنّ المجنون ليس بأهل للتصرف. ولهذا لو قال البالغ المفيق "أعتقته وأنا صبي أو مجنون" وكان جنونه ظاهراً[١] فالقول قوله لإسناده إلى حالة منافية للجواز. وكذا لو قال الصبي "كلّ مملوك أملكه فهو حرّ إذا أحلمت" لا يصحّ فدلّ على عدم أهليته. ولا بدّ من أن يكون المعتق في ملكه لقوله ﷺ **« لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم »**[٣]

قال: **وإذا قال العبد أو أمته "أنت حرّ" أو "معتق" أو "عتيق" أو "محرّر" أو "قد حرّرتك" أو "أعتقتك" فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو.**

لأن هذه الألفاظ صريح في العتق. لأنّها مستعملة فيها شرعاً وعُرفاً فأغنت عن النّيّة. ولو قال "عنيت به الإخبار الباطل" أو أنّه حرّ من العمل صدّق ديانة لا قضاء. لأنّه يحتمله. لكنّه خلاف الظاهر. لأنّها جُعلت إنشاء شرعاً كما في الطلاق والبيع. بط[٤] ه[٥] ولو قال "يا حرّ، يا محرز، يا عتيق" عُتق إلا إذا سماه "حرّا" ثمّ ناداه "يا حرّ." ط[٦] ث[١] أشهد[٢] أن اسم عبد حرّ ثمّ دعاه "يا حرّ" لم يعتق. ولو ناداه بالفارسية

---

١ [illegible] ثمنها. المبسوط

٢ [illegible]

٣ الدارقطني السنن ٤/١٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٧/٣١٨؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣/٢٧٨.

٤ بط : بحر محيط

٥ ه : هداية

٦ ط : المحيط

"يا آزاد" يعتق.[3] وكذا على عكسه. لأنّه ليس باسم علمه. ولو جرى لفظ التحرير أو الطلاق على لسانه خطأً يعتق وتطلق امرأته في الروايات المشهورة. وعن أبي حنيفة أنّه لغو. ث[4] بعث غلامه إلى بلد فقال له "إذا استقبلك أحد فقل إني حرّ" ففعل عتق أو بعثه مع جماعة وقال لهم من سأل عنه عاشراً أو غيره فقولوا "هو حرّ" ففعلوا أعتق قضاء لا ديانة. ولا يعتق قبله كما لو قال لعبده "قل أنا حرّ" فقال عتق ولا يعتق قبله. ولو كان المولى قال له "سميته حرّا فقولوا أنّه حرّ" فقالوا لا يعتق. ط[5] ولو قال "بنو آدم كلهم أحرار" لا يعتق عبده إلا بالنّيّة بالاتّفاق.[6] ولو قال "كلّ عبد في هذه السكة أو في هذه حرّ" وفيها عبد و لم ينوه عتق بالاتّفاق. ولو قال "كلّ عبد في المسجد الجامع يوم الجمعة حرّا. وقال "كلّ امرأة فيه فهي طالق أو قال "عبيد أهل بلخ أحرار" أو قال "أهل بغداد وعبده وامرأته فيه" و لم ينو لا يعتق ولا تطلق عند أبي يوسف. وروى ابن سماعة عن محمد أنّه يثبت وبالأوّل أخذ عصام وبالثاني شدّاد. ولو قال لعبده "أنت حرّة" أو قال لأمته "أنت حرّ" عتقا.

قال: **وكذلك إذا قال "رأسك حر" أو "وجهك" أو "رقبتك" أو "بدنك" أو قال لأمته "فرجك حر."**

لأن هذه الألفاظ يعبّر بها عن جميع البدن على ما بيّنّا في كتاب الطلاق. وأما إذا أضافه إلى جزء شائع منها فسيأتي إن شاء الله تعالى. ولو قال "يدك أو رجلك حرّ" لا يعتق عندنا خلافاً للشافعي كما مرّ في الطلاق. ولو قال لعبده "فرجك حرّ" عتق [٣٣٨/ب] عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعن محمد فيه روايتان. وكذا لو قال "ذكرك حرّ" يعتق. جت[7] ولو قال "بدنك بدن حرّ" عتق. وكذا الفرج والرأس. وعن أبي يوسف "رأسك رأس حرّ أو رأس حرّ" أنّه لا يعتق. ط[8] م[9] قال لها "فرجك حرّ عن الجماع" تعتق

يعتق. الفتاوى الهندية

: جمع التفاريق للبقالي

8 ط : المحيط

9 م : المنتقى للحاكم الشهيد

قضاء فقال لعبده "أنت أعتق مني" أو لامرأته "أنت أطلق من فلانة" وهي مطلّقة إن نوى عتق وطلقت. وقيل يعتق بدون النّية. ولو قال "أنت عتيق فلان" يعتق بخلاف قوله "أعتقتك فلان."

قال: **ولو قال "لا ملك لي عليك" ونوى به الحرّية عتق. وإن لم ينو لم يعتق. وكذلك كنايات العتق.**

مثل قوله "خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رقّ لي عليك وقد خليت سبيلك." لأنّه يحتمل حصول هذه المعاني بالبيع والكتابة كما يحتملها بالعتق فلا بدّ من النّية. **ه**[1] **بط**[2] ولو قال "كلّ مالٍ لي حرّ" لا يعتق عبده. ولو قال "نسبك حرّ أو أصلك حرّ." فإن علم أنّه سُبي لم يعتق وإلا عتق. ولو قال "أبواك حران" لم يعتق.

قال: **ولو قال "لا سلطان لي عليك" ونوى به العتق لم يعتق.**

لأنّ السلطان اليد المتسلط وسمي السلطان به لقيام يده على رعيته. وقد يبقى الملك دون اليد كالمكاتب بخلاف قوله "لا سبيل لي عليك." لأنّ نفي السبيل مطلقاً. إنّما يكون بانتفاء الملك. لأنّ للمولى على المكاتب سبيلاً. **ط**[3] ولو قال "إذهب حيث شئت توجه أينما شئت من بلاد الله لا يد لي عليك لا حجّة لي عليك بنت مني خليتك أو أنت خلية" وما أشبه ذلك من كنايات الطلاق لا يعتق في جميع هذه الصور. وإن نوى وعن أبي يوسف قال لأمته "طلقتك وتنوى" عتقت.

قال: **ولو قال "هذا ابني" وثبت على ذلك أو قال "هذا مولاي" أو "يا مولاي" عتق بغير نية.**

وتأويل المسألة الأولى إذا كان يولد مثله لمثله. فإن كان لا يولد يذكر بعد هذا. وإنّما يعتق به. لأنّ البنوّة سبب الحرّية والكناية بالسبب عن المسبّب مذهب[4] العرب.

قلت وقوله "هذا ابني" وثبت على ذلك لم يذكر الثبوت عليه على وجه الشرط. لأنّه ذكر في **فخ**[5] **ط**[6] **شس**[7] وغيرها. وعلى هذا قالوا في الزوجة "هذه بنتي" وهي تصلح بنتاً له ثمّ قال "أوهمت أو أخطأت" لم تقع الفرقة. وإنّما تقع إذا دام وثبت على ذلك. **شس**[8] ومعنى الثبوت عليه أن يقول هو حقّ لا يصدق

---

[1] ه : هداية
[2] بط : بحر محيط
[3] ط : المحيط
[4] ق : + بعض
[5] فخ : فتاوى خواهر زاده
[6] ط : المحيط
[7] شس : شرح السرخسي
[8] شس : شرح السرخسي

بعده في دعوى الوهم والخطأ. ولو قال لعبد "هذا ابني" أو لأمته "هذه بنتي" ثمّ قال "أخطأت" تعتـــق ولا يصدق. ولو قال لأمته وهي مجهولة النسب وهي أصغر سناً منه "هذه بنتي" ثمّ تزوّجها جاز أصرّ على ذلك أم لا[1] هكذا في [٣٣٩/أ] ص[2] قال لكن قالوا هذا الجواب في معروفة النسب. فأما في مجهولة النسب إن دام على ذلك ثمّ تزوّجها لم يجز. وإلا جاز.

قلت فبهذه المسائل عرف أن الثبوت على ذلك شرط في الفرقة وامتناع جواز النكاح دون العتق. وأما إذا قال "هذا مولاي" أو "يا مولاي." فإن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العمّ والموالي في الدين والأعلى والأسفل في العتق. لكن القرائن دلّت على عدم إرادة غيرها. لأنّ المولى لا يستنصر بعبده وللعبد نسب معروف فانتفى الثاني والثالث مجاز فلا يصار إليه مع إمكان الحمل على الحقيقة. والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً فتعين الأسفل مراداً فالتحق بالصريح. هـ[3] وكذا إذا قال لأمته "هذه مولاتي." ولو قال "عنيت به المولى في الدين أو الكذب" صدق ديانة لا قضاء. وإذا ثبت أنّه التحق بالصريح تعتق بلفظ النداء كالصريح إذا قال "يا حرّ، يا عتيق" يعتق. وقال زفر لا يعتق بلفظ النداء. لأنّه للإكرام كما إذا قال "يا سيدي، يا مالكي." قلنا الحمل على الحقيقة أولى بخلاف ما ذكر. لأنّه ليس فيه ما يختصّ بالعتق فكان إكراماً محضاً. شق[4] إذا وصف العبد بصفة من يعتق عليه إذا ملكه كقوله "أبي وعمي وخالي وأمي" يعتق لما ذكرنا. وذكر في الأصل أنّه يعتق في جميع ذلك إلا في قوله "هذا أخي وهذه أختي" فإنه لا يعتق عليه.

قال: **ولو قال "يا ابني" أو "يا أخي" لم يعتق.**

لأن النداء لإعلام المنادي. لكنّه متى كان بوصف ممكن إثباته من جهته حال النداء كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي ليستحضره بالوصف المخصوص كقوله "يا حرّ، يا عتيق." ومتى كان يوصف لا يمكن إثباته من جهته كان لمجرد الإعلام دون تحقيق الوصف فيه. والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته. لأنّه لو انخلق من ماء غيره لا يصير ابناً له بهذا النداء.[5] وعن أبي حنيفة شاذّاً أنّه يعتق فيهما.

فيه. تحفة الفقهاء ٢/٢٦٠.

[2] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[3] ه : هداية

[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

الإعلام. البحر الرائق ٤/٢٤٥.

والاعتماد على الأوّل. ه[1] ولو قال يا ابن لا يعتق. لأنّه ابن أبيه. وكذا لو قال "يا بُني أو يا بُنية." لأنّه تصغير الإبن والبنت. كذا ذكره شب[2] شح[3] شس[4] جت[5] ط[6] لو قال لغلامه "هذه بنتي" أو لجاريته "هذا ابني" يعتق عندهما خلافاً لمحمد. وقيل لا يعتق عند الكلّ. وهو الأظهر. ط[7] قال لغلامه "يا أخي، يا عمي" أو لأمته "يا أختي، يا عمتي، يا خالتي" لا يعتق.

قال: **ولو قال لغلام لا يولد مثله لمثله "هذا ابني" عتق عليه عند أبي حنيفة. وقالا لا يعتق.**

وبه الشافعي. لأنّه محال فيلغو كقوله "أعتقك" قبل أن يخلق أو قال "أخلق" وله أنّه إن كان [٣٣٩/ب] محالاً تحقيقه لكنّه صحيح بمجازه. لأنه إخبار من حريته من حين ملكه. لأنّ البنوة في المملوك سبب لحريته إجماعاً. وذكر السبب وإرادة المسبّب تتابع في اللغة بخلاف قوله قبل أن يخلق. لأنّه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء. وبخلاف ما إذا قال لغيره "قطعت يدك" ثمّ أخرجهما صحيحتين حيث لا يكون إقراراً بالمال. لأنّ قطع اليد سبب لوجوب الدية على العاقلة. وإنه لا يصدق على العاقلة. ط[8] وعلى هذا الخلاف إذا قال لمن هو أصغر سناً منه "هذا أبي" أو لجاريته "هذه أمي." ولو قال "هذا أخي لأبي أو لأمي" عتق. ه[9] قال الصبي "هذا جدي." قيل هو على الخلاف. وقيل لا يعتق إجماعاً. هشام عن محمد "هذه خالتي من زنىً أو عمتي أو ابن أخي في النسب من زنىً" يعتق. ط[10] قيل له "أأعتقت هذا؟" فأشار برأسه أي نعم لا يعتق. وفي النسب يثبت عن أبي يوسف يهجي قوله "أنت حرّ أو أنت طالق" ونواه عتق وطلقت.

قال: **وإن قال لأمته "أنت طالق" ينوي الحرّية لم تعتق.**

خلافاً للشافعي لموافقة المكين. ألا ترى أنّه لو قال لامرأته "أنت حرّة" ونوى الطلاق يقع. ولنا أنّه نوى ما لا يحتمله لفظه. لأنّ الإعتاق لغة إثبات القوة. والطلاق إزالة قيد النكاح. وهما غيران. والأوّل أقوى فلا يجعل الأدنى مجازاً عنه دون عكسه.

---

[1] ه : هداية
[2] شب : شرح بكر خواهر زاده
[3] شح : شمس الأئمة الحلواني
[4] شس : شرح السرخسي
[5] جت : جمع التفاريق للبقالي
[6] ط : المحيط
[7] ط : المحيط
[8] ط : المحيط
[9] ه : هداية
[10] ط : المحيط

قلت ويمكن أن يقال الطلاق لإزالة ملك منفعة البضع والإعتاق لإزالة ملك الرقبة. ويلزم من زوال ملك الرقبة زوال ملك منفعة البضع. أما لا يلزم من زوال ملك المنفعة زوال ملك الرقبة. ط[1] وجميع كنايات الطلاق على هذا الخلاف.

قال: **ولو قال لعبده "أنت مثل الحر" لم يعتق.**

لأن "مثل" تستعمل للمشاركة في بعض الأوصاف كالصورة والخلق والكرم ونحوها فلا يعتق بالشك.

قال: **ولو قال "ما أنت إلا حرّ" عتق.**

لأنّ الاستثناء من النفي إثبات مؤكّد كما في كلمة التوحيد. هـ[2] ولو قال "رأسك رأسك رأس حرّ" لم يعتق. ولو قال "رأس حرّ" عتق.

قلت وقد مرّ خلافه عن أبي يوسف.

٤٤. ١. ١ فصل في من ملك ذا رحم محرم

قال: و« **من ملَك ذا رحمٍ محرمٍ منه عُتق عليه** »[3]

لقوله ﷺ « **من ملَك ذا رحمٍ محرمٍ منه عُتق** »[4] واللفظ بعمومه ينتظم قرابة الولاد والقرابة المتوسّطة المؤبّدة بالمحرمية. والشافعي خالفنا في القرابة المتوسّطة كقرابة الأخوة والعمومة والخولة ونحوها اعتباراً بالقرابة البعيدة. ولنا أن هذه قرابة مؤبّدة في المحرمية. لأنّه يفترض وصلها [٣٤٠/أ] ويحرم قطعها. وهو المعنى المؤثّر في العتق حتّى حرم المناكحة بينهما لهذا. هـ[5] ولا فرق بينما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلّة بخلاف ما إذا ملك ابنته عمّة. وهي أخته من الرضاع حيث لا يعتق. لأنّ المحرمية ما ثبت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق. وكذا المجنون حتّى عتق القريب عليهما عند الملك. لأنّه تعلق به حقّ العبد فشابه النفقة.

قال: **وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض. وسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة. وقالا يعتق كله.**

---

[1] ط : المحيط

[2] ه : هداية

[3] أبو داود السنن "**عتق**" ٧؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٢٨؛ ابن ماجه السنن "**عتق**" ٥.

[4] أبو داود السنن "**عتق**" ٧؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٢٨؛ ابن ماجه السنن "**عتق**" ٥.

[5] ه : هداية

وأصله أن الإعتاق يتجزّئ عند أبي حنيفة فيقتصر على ما أعتق. وعندهما لا يتجزّئ وهو قول الشافعي في حال يسار المعتق فيعتق كلّه لهم. إن الإعتاق إثبات القوّة الحكمية. وإثباتها بإزالة ضدّها. وهو الرقّ الذي هو ضعف حكمي. وهما لا يتجزّئان كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد. وله من الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك. لأنّ الملك حقّه والرقّ حقّ الشرع أو حقّ العامّة والمتصرّف بملك التصرّف في حقّه لا في حقّ غيره. والتعدّي إلى غيره ضرورة عدم التجزئ. والملك يقبل التجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل. ويجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسقى بمنزلة المكاتب عنده. لأنّ عتق البعض يوجب ثبوته في كلّه. وبقاء الملك في البعض يمنعه. فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتباً. وهو مالك يداً لا رقبة غير أنّه إذا عجز المستسعى لا يرد إلى الرقّ. لأنّه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة. وأما الطلاق والقصاص فليس فيهما حالة متوسّطة فأثبتناه في الكلّ ترجيحاً للمحرم. وأما الاستيلاد فهو متجز عنده حتّى لو استولد نصيبه من مدبّره أو مكاتبه يقتصر عليه وفي القنّ لما ضمن نصيب صاحبه ملكه بالضمان فصحّ الاستيلاد فيه.[1]

قال: **وإذا كان العبد بين الشريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق. فإن كان موسراً فشريكه بالخيار عند أبي حنيفة. إن شاء أعتق وإن شاء ضمّن شريكه قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد.** ه[2]

فإن ضمن رجع المعتق على العبد بما ضمن والولاء للمعتق. فإن شاء أعتق أو استسع فالولاء بينهما نصفان.

قال: **وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار. إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد.**

والولاء بينهما في الوجهين. [٣٤٠/ب] وهذا عند أبي حنيفة.

قال: **وقالا ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار.**

---

[1] ف : – ولا فرق بينما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلّة بخلاف ما إذا ملك ابنته عمة. وهي أخته من الرضاع حيث لا يعتق لأنّ المحرمية ما ثبت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق. وكذا المجنون حتّى عتق القريب عليهما عند الملك. لأنّه تعلق به حقّ العبد فشابه النفقة قال وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض. وسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة. وقالا يعتق كله. وأصله أن الإعتاق يتجزئ عند أبي حنيفة فيقتصر على ما أعتق. وعندهما لا يتجزئ وهو قول الشافعي في حال يسار المعتق فيعتق كلّه لهم. إن الإعتاق إثبات القوة الحكمية. وإثباتها بإزالة ضدها. وهو الرقّ الذي هو ضعف حكمي. وهما لا يتجزئان كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد. وله من الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك. لأنّ الملك حقّه والرق حقّ الشرع أو حقّ العامّة والمتصرف بملك التصرّف في حقّه لا في حقّ غيره. والتعدي إلى غيره ضرورة عدم التجزئ. والملك يقبل التجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل. ويجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسقى بمنزلة المكاتب عنده. لأنّ عتق البعض يوجب ثبوته في كلّه. وبقاء الملك في البعض يمنعه. فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتباً. وهو مالك يداً لا رقبة غير أنّه إذا عجز المستسعى لا يرد إلى الرق. لأنّه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة. وأما الطلاق والقصاص فليس فيهما حالة متوسّطة فأثبتناه في الكلّ ترجيحاً للمحرم. وأما الاستيلاد فهو متجز عنده حتّى لو استولد نصيبه من مدبره أو مكاتبه يقتصر عليه وفي القن لما ضمن نصيب صاحبه ملكه بالضمان فصح الاستيلاد فيه

[2] ه : هداية

ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق خاصة. وهذه المسألة تبتني على حرفين. أحدهما تجري الإعتاق وعدمه. وقد مرّ الحجج من الجانبين. والثاني أن يسار المعتق[1] لا يمنع السعاية عنده. وعندهما يمنـــع لقوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه « **إن كان غنياً ضمن وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخـــر** »[2] قسم الواجب عليهما في اليسار والإعسار. والقسمة ينافي الشركة. ولأبي حنيفة أن مالية نصيبه احتبســـت عند العبد. فله أن يضمنه كالريح إذا هبّت فألقت ثوب إنسان في صبغ الغير فانصبغ به فعلـــى صـــاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا كذا هذا.

قلت لا بدّ في هذه المسألة من معرفة ثلاثة أشياء. أحدها الفرق بين الإعتاق والعتق. والثاني فائدة تجزئ الإعتاق عنده. والثالث تفسير اليسار في باب الإعتاق.

أما الأوّل فالإعتاق إثبات العتق. والعتق أثر الإعتاق. والإعتاق يتجزّئ عند أبي حنيفة خلافهما. وأما العتق ففي بعض النسخ أنّه يتجزّئ عند أبي حنيفة خلافهما. وفي بعض النسخ أن العتـــق لا يتجـــزّئ عندنا خلافاً للشافعي في فصل الإعسار. فلا بدّ من التوفيق بين هذه الأقوال. فمن قال بأن العتق يتجـــزّئ عنده يريد به. والله أعلم. إنّه يسقط ملك المعتق عن الشقص الذي أضاف إليه العتق ويبقى الملك في الباقي. فإن قلت إذا سقط ملكه عن الشقص المعتق يصير حرّا كسائر الأحرار. قلت هذا يشكل بالمكاتب إذا مات مولاه فإنه يسقط الملك. ولا يصير حرّا كسائر الأحرار. ومن قال بأن العتق لا يتجزّئ عندنا. أراد بـــه أن خروجه عن كونه محلاً للتمليك. والتملك كالبيع والهبة والإرث لا يتجزّئ. وإنه عناية صحيحة. لأنّه من لوازم حقيقة العتق. وذكر الملزوم وإرادة اللازم جائز. وخروجه عن محلية التمليك. والتملك متّفـــق بـــين أصحابنا. لكن عندهما بزوال الرقّ أصلاً. وعنده بسقوط الملك عن الشقص المعتق. وفساده في الباقي هـــذا ما تضمنه شروح الأسلاف والأخلاف في هذا الباب.

وأما فوائد يجزئ الإعتاق فمكنته الشريك الساكت من إعتاق نصيبه ومن تدبيره ومن كتابته ومن استسعائه في فصل اليسار. لأنّه لما بقى ملكه ملك هذه التصرّفات. **تح**[3] غير أنّه إذا دبّره يصير نصيبه مدبّراً. [٣٤١/أ] ويجب عليه السعاية للحال فيعتق. يعني بالأداء. ولا يؤخّر عتقه إلى ما بعد الموت. ومنها إذا عتق بأحد هذه الأمور الأربعة فالولاء بينهما لوجود الإعتاق منهما. ومنها أنّه إذا ضمن المعتق فللمعتق أن يعتق النصف المضمون أو يدبره أو يكاتبه أو يستسعيه. لأنّه انتقل إليه بالضمان وحينئذ يكون كلّ الولاء لـــه. ومنها **ط**[4] إذا مات الساكت فلورثته ما كان له من العتق والسعاية وتضمين المعتق في فصل اليسار يختارون

---

[1] ف : – خاصة. وهذه المسألة تبتني على حرفين. أحدهما تجري الإعتاق وعدمه. وقد مرّ الحجج من الجانبين. والثاني أن يسار المعتق

[2] البخاري الصحيح **"شركة"** ٥؛ مسلم الصحيح **"عتق"** ٣؛ أبو داود السنن **"عتق"** ٥؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٩٢/٣.

[3] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[4] ط : المحيط

أي ذلك شاءوا. ومعنى قوله لورثته الإعتاق الإبراء لا حقيقة العتق. لأنّ المستسعى بمنزلة المكاتب عنده. ولا يورث رقبة المكاتب بموت مولاه. وإنّما يورث بدل الكتابة. لكن لهم الإبراء عن السعاية كذا هذا. ومنها أن العبد بين جماعة أعتق أحدهم نصيبه فاختار بعض الساكتين الضمان والبعض الإعتاق وبعضهم السعاية جاز عنده. وكذا إذ اختار ورثة أحدهم ذلك في رواية محمد عنه. وفي رواية الحسن عنه ليس لهم إلا الاجتماع على التضمين أو الإعتاق أو السعاية. ومنها ط[1] أن المعتق إذا كان مريضاً مرض الموت وهو موسر ثمّ مات يسقط عنه ضمان العتق. ولا يؤخذ من تركته بل يسعى العبد عنده خلافهما. ومنها إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً ليس له تضمين المعتق عنده لتعذر النقل إليه. وفي المشهور عنه له التضمين. هذا[2] كلّه قول أبي حنيفة خلافهما. ط[3]

وأما تفسير اليسار هنا فعن محمد أنّه إذا كان مالكاً مقدار قيمة نصيب الساكت من جميع ما له سوى ملبوسه وقوت يومه فهو موسر. وعليه عامّة المشايخ وإشارة النصوص. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة الموسر الذي له نصف القيمة سوى المترل والخادم ومتاع البيت. وقيل اليسار المحرم للصدقة. وقول محمد أصحّ. بط[4] واليسار والإعسار يعتبر يوم الإعتاق. وكذا القيمة حتّى لو كان موسراً يوم الإعتاق ثمّ أعسر لا يسقط الضمان. وعلى عكسه لا يجب الضمان. وإذا اختار الساكت التضمين فله أن يستسعي العبد بعده ما[5] لم يقبله المعتق أو يحكم به الحاكم في رواية ابن سماعة عن محمد. ص[6] إذا اختار التضمين ليس له السعاية من غير تفصيل. ولو اختار السعاية ليسل له التضمين رضى العبد به أو لم يرض باتّفاق الروايات. وهذا إنّما يتأتى على قول أبي حنيفة. ولو اختلفا في قيمته للحال يقوم العبد إذا كان قائماً. وإلا فالقول قول المعتق. ولو اختلفا [٣٤١/ب] بعد الإعتاق بزمان. شب[7] القول قول المعتق سواء كان العبد قائماً أو هالكاً. ولو اختلفا في وقت الإعتاق وقيمته أيضاً. فهذا وما لو تصادقا على العتق في الحال سواء. شب[8] والجواب في الاختلاف في اليسار والإعسار حال العتق نظير الجواب في الاختلاف في القيمة. م[9] ينظر إلى حال المعتق يوم الخصومة. فإن كان موسراً ضمن. وإلاّ فلا. وفي المستزاد إن كان المدّة قريبة يحكم

---

[1] ط : المحيط
[2] ق : فهذا
[3] ط : المحيط
[4] بط : بحر محيط
[5] ف : – ما
[6] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[7] شب : شرح بكر خواهر زاده
[8] شب : شرح بكر خواهر زاده
[9] م : المنتقى للحاكم الشهيد

للحال. وإلا فالقول للمعتق. شب[1] والاختلاف بين الساكت والعبد فيما مرّ كالإختلاف بينه وبين المعتق. ولو كان العبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللثاني ثلاثة وللثالث سدسه فأعتقه صاحب النصف والثُلث يضمنان السدس نصفين. والولاء للأول في نصفه وفيما ضمن من نصف السدس. وللثاني في ثلثه وفيما ضمن من نصف السُدس. ولو أعتق عبداً مشتركاً بينه وبين الصغير فلأبيه ولوصي أبيه ولوصي أمه أيضاً. وللقاضي أن يختار التضمين أو السعاية. وإن لم يكن له أحد فله أحد الخيارات الثلاث بعد بلوغه. وأما إذا أدبره أحدهم. ثمّ أعتقه الآخر أو على عكسه ونحوها فهي بتفاصيلها مذكورة في بط[2] فليطالع ثمة.

قال: **وإذا اشترى رجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب ولا ضمان عليه.**

علم الآخر أنّه ابن شريكه أو لم يعلم.

قال: **وكذلك إذا ورثاه والشريك بالخيار. إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد.**

وهذا قول أبي حنيفة. وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً. وإن كان معسراً سعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه. ه[3] وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية. وعلى هذا إذا اشترياه وقد حلف أحدهما بعتقه إن اشترى نصفه لهما أنّه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق. لأنّ شرى القريب إعتاق. ولأبي حنيفة أنّه رضي بإفساد نصيبه. لأنّه شاركه فيما يلازمه العتق. والرضا بالشيء رضاً بلوازمه فصار كما لو أذن له نصاً أو دلالة. ولأنّه عاونه على الإعتاق. لأنّه عاونه على شرى القريب. وإنه إعتاق فلا يستوجب الضمان. ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه في ظاهر الرواية. لأنّ الحكم بدار على السبب كمن قال لغيره كلّ هذا الطعام. وهو مملوك للآمر و لم يعلم به. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الخلاف فيما إذا علم أما إذا لم يعلم[4] يضمن.[5]

قال: [٣٤٢/أ] **وإذا شهد كلّ واحد من الشريكين على الآخر بالحرّية عتق كله.[6] وسعى العبد لكلّ واحد منهما في نصفه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة. وقالا إن كانا موسرين فلا سعاية. وإن كانا معسرين سعى لهما. وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر ولم يسع للمعسر.**

---

[1] شب : شرح بكر خواهر زاده

[2] بط : بحر محيط

[3] ه : هداية

[4] ف : + لم

[5] ف : + قلت وفي تعليل قولهما إنه إبطال نصيب صاحبه بالإعتاق يضمن إشارة أنهما إذا ورثاه لا يضمن إجماعا وفي الأصح لا يضمن بالاتفاق وذكر. وعنهما يضمن لأنه عتق من جمعه فصارا نإعتاقه وعطف في المختصر على قول أبي حنيفة أنه مذهب أبي حنيفة وحده.

[6] ف : - عتق كله

أما إذا كانا موسرين فلا سعاية. لأن كلّ واحد منهما تبرأ عن سعاية العبد. لأنّ يسار المعتق يمنع السعاية عندهما فيصدقان. وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك الإعتاق. وإنّما سعى للمعسرين. لأنّ كلّ واحد منهما يدع السعاية على العبد والسعاية عليه صدق أو كذب فلا يسقط. وأما إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فلأن الموسر يدعي السعاية دون الضمان وهي له. والمعسر لما ادّعى الضمان على صاحبه فقد تبرأ من السعاية فقد تيقن بالسعاية على كلّ حال. لأنّ من يزعم كلّ واحد منهما أنّه صار مكاتباً له وحرم عليه استرقاقه فيمنع منه. فإن صدق يستسعى مكاتبه. وإن كذب يستسعى مملوكه فيثبت لهما السعاية بتيقن. وقد تعذر التضمين لما مرّ. والولاء لهما عنده. وعندهما موقوف إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما.

قال: **ومن أعتق عبده لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق.**

لقوله ﷺ « **ثلاث جدّهنّ جدّ وهزلُهنّ جد الطلاق والنكاح والعتاق** »[1]

قال: **وعتق المكره والسكران واقع.**

لما مرّ من الحديث. ولأنّه مدر من أهله مضافاً إلى محلّه عن ولاته فنفذ.

قال: **وإذا أضاف العتق إلى ملك أو شرط صحّ كما يصحّ في الطلاق.**

وقد مرّت المسألة بفروعها في الطلاق. شق[2] ولو قال "كلّ مملوك أملكه فهو حرّ" عتق ما يملكه وقت اليمين دون ما يملكه في المستقبل ويعتق بهذه اليمين الذكر والأنثى والمدبّر وأمّ الولد وأولادهما والعبد المرهون والمأذون في التجارة. ولا يعتق المكاتب إلا بالنّية ولا يدخل العبد المشترك.

قال: **وإذا خرج عبد من دار الحرب إلينا مسلماً عتق.**

وهذا إذا خرج مراغماً. لأنّه مسلم استولى على مال الكافر وهو نفسه فيملكها. وروى « **أن عبيد أهل الطائف خرجوا إلى النبي ﷺ مسلمين فطلب أصحابه قسمتهم فقال عتقاءُ الله** »[3]

قال: **ولو أعتق [٣٤٢/ب] جارية حاملاً عتق حملها.**

لأن الحمل جزء من أجزائها فصار كسائر أعضائها.

قال: **فإن أعتق الحمل خاصّة عتق ولم يعتق الأمّ.**

---

[1] أبو داود السنن "**طلاق**" ٩؛ الترمذي السنن "**طلاق**" ٩؛ ابن ماجه السنن "**طلاق**" ١٣.

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] أبو داود السنن "**جهاد**" ١٣٦؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٢٩/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٩٠/٣.

لأنّه نفس من وجه. ولهذا صحّت الوصيّة به. وإنّما لم يعتق الأمّ. لأنّ المولى لم يعتقها صريحاً والأمّ لا يتبع الولد فلم يعتق تبعاً أيضاً. ط[1] ولو قال لها "كلّ ولد تَلِدِينَه فهو حرّ" لا يعتق أحد من أولادهـا إلا بعد الولادة حتّى لو ضرب بطنها أحد وألقت جنيناً ميتاً فعليه نصف قيمته إلا الغرّة. ولو مات المـولى أو باعها حاملاً ثمّ ولدته لا يعتق. ولو قال "كلّ ولد تحبلين به أو تحملينه فهو حرّ" عتق حين حبلت به. وإنّما يعلم حدوث الولد بعد اليمين إذا أبت به لأكثر من سنتين من وقت اليمين.

قال: **وإذا أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ولزمه المال**

نحو أن يقول "أنت حرّ على ألف درهم" أو "بألف" أو "على أن يعطيني ألفاً" أو "على أن لي عليك ألفاً." وإنّما يعتق بالقبول. لأنّه أزال ملكه بعوض فأشبه البيع والطلاق بمال. وقضية المعاوضات ثبوت حكمها بالقبول. وما شرط عليه صار ديناً في ذمته. ولهذا يصحّ الكفالة به بخلاف بدل الكتابة. لأنّه على شرف السقوط. ولأنّ ثبوته مع المنافي. وهو قيام الرقّ فيه ولا كذلك هنا. ويجوز بالنقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه. لأنّه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد. فكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس. ولا يضرّه جهالة الوصف لأنّها تستره.

قال: **وإن علّق عتقه بأداء المال صحّ وصار مأذوناً نحو "إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حر." هـ[2]**

ومعناه أنّه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً. لأنّه صرح بتعليق العتق بالأداء. وإن كان يصير معاوضة انتهاء. وإنّما صار مأذوناً. لأنّه رغبة في الاكتساب حيث طلب منه الأداء. ومراده التجارة دون التكدي فكان إذناً دلالة.[3]

قال: **فإن أحضر المال أجبر الحاكم المولى على قبضه وعتق العبد. هـ[4]**

ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنّه ينزل قابضاً بالتخلية فيعتق. وقال زفر لا يجبر على القبول. وهو القياس. لأنّ تعليق العتق بالشرط لفظاً يمين. ولهذا لا يتوقّف على قبول العبد. ولا يحتمل الفسخ. ولا يجبر الحالف على مباشرة شرط يمينه. لأنّه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف بدل الكتابة. لأنّه معاوضة

البحر الرائق

.٢٧٩/٤

[4] هـ : هداية

والبدل فيها [٣٤٣/أ] واجب. ولنا أنّه تعليق من وجه نظراً إلى اللفظ ومعاوضة من وجه نظراً إلى المقصود. وهو نيل العبد شرف الحرّية ونيل المولى المال المشروط بمقابلته فشابه الكناية. ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتّى كان الطلاق الصريح بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً لضرر المولى. **ه**[1] حتّى لا يمتنع عليه بيعه. ولا يكون العبد أحقّ بمكاسبه. ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء. وجعلناه معاوضة انتهاء عند الأداء دفعاً للفرقة عن العبد حتّى يجبر المولى على قبوله كالهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاءً. ولو أدى البعض يجبر على القبول. لكنّه لا يعتق ما لم يؤد الكلّ. ثمّ لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها. وإن كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لإذنه بالأداء. **بط**[2] ولو اكتسب بعد التعليق أربعة آلاف فأدى منها الألف عتق. وكان للمولى أن يأخذ الثلاثة آلاف الباقية. ولو باعه ثمّ اشتراه فأدى الألف وقبل عتق وبالتخلية لا يعتق عند محمد. ويعتق عند أبي يوسف. ثمّ الأداء في قوله "إن أديت إليّ ألفاً" يقتصر على المجلس. وفي قوله "إذا أديت" لا يقتصر. لأنّ إذا للوقت مثل متى. ولو قال "أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم" فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إليه فصار كقوله "أنت حرّ غداً على ألف درهم" بخلاف قوله "أنت مدبّر على ألف درهم" حيث يشترط القبول للحال. لأنّ إيجاب التدبير في الحال. لكنّه لا يجب المال لقيام الرق. وقالوا في مسألة الكتاب لا يعتق. وإن قيل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة. لأنّ الميّت لا يتأهّل للإعتاق.

قال: **وولد الأمة من مولاها حرّ.**

لأنّه خلق من مائه فكان جزءه فيتبعه في الحرّية إلا أن ينقل عن حكمه بالأم. وهنا لو انتقل عن حكمه بالأم لا ينتقل إلى المولى فيعتق عليه بالملك فلا يفيد النقل فلا ينتقل بخلاف زوجها

قال: **وولدها من زوجها مملوك لسيّدها.**

لأنّه خلق في ملك الغير فاستتبعته الأمّ. لأنّ نقله عن حكمه بالأمّ مفيد. وقد رضى الزوج بسقوط حقّه. ولهذا قلنا في ولد المغرور أنّه حرّ الأصل. لأنّه لم يرض أن يتبع الأم.

قال: **وولد الحرّة من العبد حرّ.**

لأن الولد يتبع الأمّ في الرقّ والحرّية.

---

[1] ه : هداية

[2] بط : بحر محيط



٤٤. ٢ باب التدبير

قال:[1] **إذا قال المولى لمملوكه[2] "إذا متّ فأنت حرّ" و"أنت حرّ عن دبر منّي" أو "أنت مـــدبّر"** [٣٤٤/ب][3] **أو "قد دبّرتك" فقد صار مدبّراً[4] لا يجوز بيعه ولا هبته.**

لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير. فإنه إثبات العتق عن دبره منه وعدم جواز بيعه وهبته مذهبنا. وقال الشافعي يجوز كما في الوصيّة وسائر التعليقات وكما في المدبّر المقيد ولنا قوله ﷺ « **المـــدبّر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث** »[5] كذا رواه ابن عمر رضي الله عنه ولأنّ التدبير سبب للحرية في الحال اللزوم بطلان الأهلية عند الموت بخلاف الوصيّة وسائر التعليقات فشابه الاستيلاد. شق[6] وقد يكـــون التدبير بلفظ اليمين والوصيّة نحو أن يقول "إن متّ فأنت حرّ" أو قال "أوصيت لك بعتقك أو برقبتـــك أو بثلث مالي." لأنّ ببعضه صار موصى له. وعن بشر عن أبي يوسف أوصى لعبده بسهم من ماله يعتق بعـــد موته. ولو أوصى له بجزء من ماله لا يعتق. لأنّ الأوّل وصيّة بسدس رقبته فاستحق عتق جزء منها بالموت

---

[1] ... والمجنون. فتح القدير ١٨/٥.

[2] ق : لعبده

[3] ساقط ٣٤٣ ب و٣٤٤ أ في نسخة أ.

[4] ... برقبته. الجوهرة النيرة ٤١٦/٤.

[5] الدارقطني السنن ١٣٨/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣١٤/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٨٤/٣.

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

فكان مدبّراً بخلاف الجزء. فإن للورثة أن يعينوا أي جزء شاءوا. **ط**[1] ولو قال "إن متّ فلا سبيل لأحد عليك" صار مدبّراً.[2]

قال: **وللمولى أن يستخدمه ويواجره. وإن كانت أمة فله أن يطأها وله أن يزوّجها.**

لقيام الملك له فيه والملك مطلق لهذه التصرّفات والثابت له فيه حقّ الحرّية. ونفس الحرّية لا يمنع هذه التصرّفات فهذا أولى.

قال: **وإذا مات المولى عتق المدبّر من ثلث ماله إن خرج من الثلث.**

وهو مذهب سعيد وشريح والحسن والحسين وابن سيرين وعن ابن مسعود والنخعي وحماد رضي الله عنهم. أنّه يعتق من جميع المال والحجّة عليهم ما روينا.

قال: **فإن لم تكن له مال غيره سعى في ثلثي قيمته.**

لأنّه تبرّع مضاف إلى الموت فأشبه الوصيّة. وهذا حكم الوصيّة كما لو أوصى برقبته لغيره.

قال: **فإن كان على المولى دين سعى في جميع قيمته لغرمائه**

لتقدّم الدين على الوصيّة وتعذر نقض العتق.

قلت وهذا إذا كان الدين مستغرقاً لما له. وإن لم يكن فبقدر الدين ثمّ الثلثين.

قلت وقد أجمل القيمة و لم يبين[3] أنّه يسعى في قيمته قناً أو مدبّراً. وذكر في **بط**[4] أنّه يسعى في قيمته مدبّراً. وذكر محمد في كتاب الحجر إذا دبر السفيه ثمّ مات يسعى الغلام في قيمته مدبّراً. وليس عليه نقصان التدبير كالمصلح إذا دبّر ومات وعليه ديون. **بط**[5] واختلف في قيمة المدبّر. فقيل بما يستخدمه مدّة عمره. وقيل يقوم فائت المنافع الّتي تفوت بالتدبير. وإليه أشار محمد. [٣٤٥/أ] وقيل نصف قيمته لو كان قِنّاً. وقيل ثلثا قيمته.

قال: **وولد المدبّرة مدبّر.**

عليه إجماع الصحابة ولأنّه جزءها فيسري إليه صفتها كالرقّ والحرّية.

---

[1] ط : المحيط

[2] ق : بخلاف الجزء. فإن للورثة أن يعينوا أي جزء شاءوا ولو قال إن مت فلا سبيل لأحد عليك صار مدبراً

[3] ف : و لم يبينه

[4] بط : بحر محيط

[5] بط : بحر محيط

قال: **وإن علّق[1] التدبير ثبوته على صفة مثل أن يقول "إن متّ من مرضي هذا" أو "سفري" أو "مرض كذا" فليس بمدبّر ويجوز بيعه.**

لأن سبب الحرّية لم ينعقد في الحال لتردّد هذا القيد لجواز أن لا يموت منه فصار كسائر التعليقات بخلاف المدبّر المطلق. لأنّه تعلّق عتقه بمطلق الموت. وهو كائن لا محالة.

قال: **فإن مات على الصفة الّتي ذكرها عتق كما يعتق المدبّر.**

معناه من الثلث لما مرّ. ه[2] ومن المقيّد أن يقول "إن مت إلى سنة أو عشر سنين." ولو قال "إلى مائة سنة" ومثله لا يعيش إليه في الغالب فهو مدبّر مطلق. لأنّه كالكائن لا محالة. ط[3] "إن مت إلى مائتي سنة فأنت حرّ" فهو مقيّد يجوز بيعه. ولو قال "أنت مدبّر على ألف درهم" فقبل فهو مدبّر وسقط المال. بط[4] ع[5] "إن مت من مرضي هذا" فهو حقّ. فقيل لا يعتق بخلاف ما لو قال "في مرضي." ولو قال "إن مت من مرضي هذا وله حمى" فتحول صُداعاً أو على عكسه. قال محمد هو مرض واحد. ط[6] ولو قال له "أنت حرّ يوم أموت." فإن نوى النهار خاصّة فمدبّر مقيد وإلا فمطلق. ولو قال "أنت حرّ بعد موتي وموت فلان" أو قال "بعد موت فلان وموتي" لا يصير مدبّراً في الحال. "فإن مات فلان أولاً" وهو في ملكه صار مدبّراً مطلقاً. وإن مات هو أولاً فلا وللورثة بيعه. ولو قال "إذا كلمت فلاناً فأنت حرّ بعد موتي" فكلم صار مدبّراً. ولو قال "أنت حرّ بعد موتي بيوم أو بشهر" فليس بمدبّر. وهو إيضاء بالعتق حتّى لا يعتق بعد موت المولى ومضي اليوم ما لم يعتقه الوصي. قص[7] يجب إعتاقه فيعتقه الوصي أو الورثة. قد[8] ولو قال "إذا مت ودفنت أو غسلت وكفنت فأنت حرّ" فليس بمدبّر. فإن مات ووجد الشرط. قال أبو حنيفة استحساناً أن يعتق من الثلث والقياس أن لا يعتق. وكذا لو قال "إذا مت ودخلت الدار" ثمّ وجد الشرط لم يعتق. وذكر القدوري الفرق بينهما. ط[9] خك[10] ولو قال "أنت حرّ قبل موتي بشهر" فليس بمدبّر. وإن كان يعتق بعد موته ويجوز بيعه أما عند أبي حنيفة فظاهر. لأنّه أضاف العتق إلى وقت. وهو شهر قبل موته. وإنه لا يمنع البيع. وعندهما ليس بمدبّر مطلق فجاز بيعه ثمّ إذا مضى شهر. قيل لا يجوز بيعه. لأنّه صار مدبّراً

---

[1] ق : + المولا
[2] ه : هداية
[3] ط : المحيط
[4] بط : بحر محيط
[5] ع : عيون المسائل للسمرقندي
[6] ط : المحيط
[7] قص : قاضي صدر
[8] قد : شرح قدوري كبير
[9] ط : المحيط
[10] خك : خلاصة الأكمل

مطلقاً. وأكثر المشايخ على أنّه يجوز بيعه. وهو الأصحّ. **شط**[1] ثمّ إذا مات المولى بعده بشهر فعند أبي حنيفة ومن [٣٤٥/ب] تابعة يستند عتقه إلى ذلك الوقت فيعتبر حاله فيه. فإن كان صحيحاً في ذلك يعتق من جميع المال وإلا فمن ثلثه. وعندهما يعتق من ثلث ماله غير مستند. وعند الشافعي إذا مضى شهر بعد اليمين عتق في الحال. ولو مات المولى قبل مضي الشهر لا يعتق بالإجماع. وكذا على هذا الخلاف. ولو قال "أنت حرّ في آخر صحّة بدنه" الّتي لا صحّة بعدها إلى أن يتوفى. **بط**[2] دبر عبده ثمّ جنّ لا تبطل. ولو أوصى برقبته ثمّ جنّ ومات مجنوناً يبطل. ولو دبره أحد الشريكين فللساكت عند أبي حنيفة خمس خيارات في الموسر وأربع في المعسر على ما مرّ في العتاق.

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] بط : بحر محيط



٤٤. ٣ باب الاستيلاد

قال:[1] **إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أمّ ولد له. لا يجوز بيعها ولا تمليكها.**

لقوله ﷺ « **أعتقها ولدُها** »[2] أخبر عن إعتاقها فثبت بعض لوازمه. وهو حرمة التمليك. ولأنّ الجزئية حصلت بين الواطئ والموطوءة باختلاط مائهما اختلاطاً تعذر التميز. وإنه يمنع التمليك. وإليه وقعت الإشارة في قول عمر رضي الله عنه حين اشترى عبد الله بن وارث رضي الله عنه أمه من رجل قد أسقطت فأمر عمر رضي الله عنه بردها. وقال بعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن.[3] وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له. لأنّ الاستيلاد لا يتجزّئ. لأنّه فرع النسب فيعتبر بأصله.

قال: **وله وطئها واستخدامها وإجارتها وتزويجها.**

لقيام الملك فيها فاشتبهت المدبّرة.

قال: **ولا تثبت نسب ولدها إلا أن يدعيه.**

بالأصطلاح

لغريم. فتح القدير ٣٠/٥.

[2] ابن ماجه السنن "عتق" ٢؛ عبد الرزاق

وبالانفصال

وقال الشافعي يثبت نسبه منه وإن لم يدع. لأنّه يثبت بمجرد عقد النكاح فلأن يثبت بالوطئ في ملك اليمين أولى. ولنا أن وطئ الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد حتّى لا يفسد ملكه بخلاف النكاح. لأنّ الولد مقصود منه. فلا حاجة إلى الدعوة.

قال: **فإن جاءت بولد بعد ذلك ثبت نسبه بغير إقرار.** ه[1]

معناه بعد اعترافه بالولد الأوّل. لأنّه لما اعترف تعيين الولد مقصوداً فصارت فراشاً كالمنكوحة.

قال: **فإن نفاه انتفى بقوله.**

لأن فراشها ضعيف. ولهذا يملك نقله إلى غيره بالتزويج. ه[2] وهذا في الحكم أما في الديانة فإن كان وطئها وحصّنها ولم يعزل عنها لزمه أن يعترف به ويدعي. لأنّ الظاهر أن الولد منه. وإن عزل عنها ولم يحصّنها جاز له النفي. كذا روي عن أبي حنيفة. وفيه روايتان [٣٤٦/أ] عن أبي يوسف ومحمد. بط[3] في تجريد القدوري ويثبت نسب الجارية من مولاها وإن لم يدعه. وفيه لا يصحّ إعتاق المجنون وتدبيره. ويصحّ استيلاده. فهذا نصّ على أن دعوى المولى ليس بشرط لصيرورتها أمّ ولد له في نفس الأمر. وإنّما يشترط لظهوره والقضاء عليه. وهكذا في متفرّقات دعوى. ط[4] في الجارية أدخلت مني مولاها في فرجها فعلقت فولدت صارت أمّ ولد له. قال أستاذنا وإنّما يقول في الكتاب وادعاه المولى للأحكام الظاهرة في حقّ القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى لا يشترط ذلك. قخ[5] مل[6] وعتق أمّ الولد يتكرّر بتكرّر الملك كتعق المحارم حتّى لو أعتقها المولى ثمّ ارتدّت ولحقت ثمّ سبيت وملكها تعود أمّ ولد له.

قال: **فإن زوّجها فجاءت بولد فهو في حكم أمّه.**

لأن حقّ الحرّية يسري[7] الولد كالحرّية والتدبير. ه[8] والنسب يثبت من الزوج. وإن كان النكاح فاسداً لالتحاقه بالصحيح في بعض الأحكام. ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه. لأنّه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمّه أمّ ولد له لإقراره.

---

١ ه : هداية
٢ ه : هداية
٣ بط : بحر محيط
٤ ط : المحيط
٥ قخ : قاضي خان
٦ مل : الأمالي
٧ ف، ق : + إلى
٨ ه : هداية

قال: **فإن مات المولى عتقت من جميع المال. ولا يلزمها السعاية للغرماء إن كان على المولى دين.**

لحديث سعيد بن المسيّب « **أنّ النبيّ** ﷺ **أمر بعتقِ أمّهات الأولاد وأن لا يُبَعنَ في دَين ولا يجعلن من الثلث** »[1] وروي ولا يسعين في دين. ولأنّ الحاجة إلى الولد أصلية فيقدم على حقّ الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير. لأنّه وصيّة بما هو من زوائد الحوائج. **بط**[2] **م**[3] ابن سماعة عن محمد مات مولى أمّ الولد ولها متاع وعروض ليس لها منها بشيء إلا أني أستحسن إن ترك لها ملحفة وقميصاً ومقنعة. **فخ**[4] فأما المدبّر فلا شيء له من الثياب وغيرها. **جص**[5] وإذا أسلمت أمّ ولد النصراني تسعى في قيمتها فتعتق كالمكاتب. وقال زفر إن أبى مولاها الإسلام عتقت للحال.

قال: **وإذا وطئ الرجل أمة غيره بنكاح فولدت منه ثمّ ملكها صارت أمّ ولد له.**

وقال الشافعي لا تصير. وكذا لو استولدها بملك عين ثمّ استحقّت ثمّ ملكها. وللشافعي فيه قولان له أنّها علقت برقيق فلا تستحقّ أمومية الولد كما إذا علقت من الزنا. ولنا أن السبب له هو الجزئية. والجزئية إنّما تثبت بنسبة الولد الواحد إلى كلّ واحد منهما كملاً. وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة [٣٤٦/ب] بخلاف الزنا. لأنّه لا نسب فيه للولد إلى الزاني. وإنّما يعتق ولد الزاني عليه. لأنّه جزءه حقيقة بغير واسطة. ألا ترى أن من اشترى أخاه من الزنى لا عتق عليه. لأنّه لا ينسب إليه إلا بواسطة نسبته إلى الوالد. **شق**[6] لو ملك ولدها منه عتق عليه لقوله ﷺ « **من ملَك ذا رحمٍ محرمٍ منه عُتق عليه** »[7] ولو ملك ولداً لها من غيره لا يعتق. وله بيعه خلافاً لزفر. ولو زنى بأمة فولدت ثمّ ملكهما عتق ولدها منه وله بيع أمة خلافاً لزفر.

قال: **وإذا وطئ الأب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت أمّ ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وإنّما يثبت النسب.**

---

[1] الدارقطني السنن ١٣٤/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٤٤/١٠؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤١٠/٤؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٩٧/٣.

[2] بط : بحر محيط

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] فخ : فتاوى خواهر زاده

[5] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[7] أبو داود السنن **"عتق"** ٧؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ٢٨؛ ابن ماجه السنن **"عتق"** ٥.

لأن له حقّ ملك في مال الإبن لقوله ﷺ « **أنت ومالك لأبيك** »[1] وأدنى درجات الإضافة مال الإبن إلى الأب إفادتها شبهة الملك في حقّ ثبوت النسب كالحقيقة. ألا ترى أن شبهة النكاح كالنكاح في حقّ ثبوت النسب. وأما الاستيلاد فهو مذهبنا خلافاً لأبي يوسف آخر أو الشافعي في أحد قوليه. لأنّ دعوة المولى في جارية مكاتبه أقوى من دعوة الأب. وذاك لا يثبت الاستيلاد. فهذا أولى. ولنا أن الأب محتاج إلى تملك مال ابنه ليثبت نسب ولده فمكنه الشارع منه بغير رضاه كمقدار طعامه وكسوته لشبهة الملك له فيه بخلاف مولى المكاتب. لأنّه لا شبهة له في كسبه. وإنّما شبهة الملك له في رقبته. وإنّما يجب عليه قيمتها. لأنّ الحاجة إلى ثبوت الملك لا إلى التبرّع فثبت الملك بعوض نظراً للجانبين. وهذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار. وإنّما لم يلزمه عقرها خلافاً للشافعي كأحد الشريكين. ولنا أن الملك يسبق الوطئ بطريق الإستناد نظرا للأب. فلا يوجب العتق. ولأنّه ضمن جميع قيمتها والبضع جزءه فيدخل ضمان الجزء في الكلّ بخلاف الجارية المشتركة. وإنّما لم يضمن قيمته الولد. لأنّه انعلق حرّ الأصل لما مرّ.

قال: **وإذا وطئ أب الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب. وإن كان[2] ميتاً ثبت من الجدّ.**

كما ثبت من الأب لعدم ولاية الجدّ مع بقاء الأب وظهورها عند موته. هـ[3] وكفر الأب ورقه كموته. لأنّه قاطع للولاية.

قال: **وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه.**

لأنّه لما ثبت نسبه في نصفه [٣٤٧/أ] لمصادفته ملكه ثبت في الكلّ لأنّه لا يتجزّئ. لأنّ سببه وهو العلوق لا يتجزّئ.

وقال: **وصارت أمّ ولد له.**

أما عندهما فلأن الاستيلاد لا يتجزّئ عندهما. وأما عنده فلأنّه يصير نصفها أمّ ولد له ثمّ يتملك نصيب صاحبه فتصير أمّ ولد له.

قال: **وعليه نصف قيمتها.**

لأنّه تملك عليه نصفه ونصف عقرها. لأنّ وطئه صادف ملكه وملك شريكه فيجب العقر بقدره. وقد ثبت الملك في نصيب شريكه حكماً للاستيلاد فلا يمنع العقر بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه. لأنّ الملك ثبت ثمة شرطاً للاستيلاد مقدّماً عليه فصادف وطئه ملك نفسه.

---

[1] أبو داود السنن "**إجارة**" ٧٩؛ ابن ماجه السنن "**تجارة**" ٦٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢/٢٠٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٤٨٠/٧.

[2] ق : + الأب

[3] ه : هداية

قال: **ولا شيء عليه من قيمة ولدها.**

لأنّه ملك نصيب شريكه مستنداً إلى وقت الوطئ فعلق الولد في ملكه.

قال: **وإن ادعياه جميعاً معاً ثبت نسبه منهما. وكانت الأمّ أمّ ولدهما. وعلى نصف[1] كلّ واحد منهما نصف العقر قصاصاً بما له على الأخر.**

ومعناه إذا حملت على ملكهما أما النسب فمذهبنا. وقال الشافعي يرجع إلى قول القائفة.[2] لأنّ الولد لا يتخلق من المائن فتعذر النسب منهما فعملنا بالشبه. ولنا كتاب عمر ﵁ إلى شريح في هذه الحادثة لبساً فلبس عليهما.[3] ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه. وهو للباقي منهما. وكان ذلك بمحضر الصحابة. وعن علي ﵁ مثله. وعن عمر ﵁ لما سأل القائفين فقالا فأوجعهما ضرباً. ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه حتّى لو وجد المرجح لا يثبت منهما بأن كان أحدهما أب الآخر. وكان مسلماً والآخر ذمياً ثبت من الأب والمسلم لوجود المرجح. ولما ثبت نسبه منهما صارت أمّه أمّ ولد لهما. ويقع عقرهما قصاصاً. **ك**[4] ولو جاءت بآخر لم يثبت نسبه من واحد إلا بالدعوى. لأنّ الوطئ حرام فتعتبر الدعوة.

قال: **ويرث الإبن من كلّ واحد منهما ميراث ابن كامل.**

لأنّه أقرّ له بميراثه كلّه. وقوله حجّة في حقّه

قال: **ويرثان منه ميراث أب واحد**

لاستوائهما في الدعوى والملك كما لو أقاما البيّنة. ولأنّ التعدّد في الأبناء ممكن دون الأباء. **بــط**[5] في هذه المسألة فإذا مات أحدهما عتقت بالإجماع. ولا ضمان للشريك في تركته بالاتّفاق. ولا سعاية عليها في نصيب شريكه عنده ويسعى عندهما. ولو أعتقهما أحدهما عتقت ولا ضمان عليه ولا ســعاية عليهــا. وقالا يضمن نصف قيمتها أمّ ولد للشريك إن كان موسراً وإن كان [٣٤٧/ب] معسراً سعت في ذلك

للمرأة. المبسوط ٦٩/١٧.

٣ ف : عنهما

٤ ك : الكفاية للبيهقي

٥ بط : بحر محيط

كلّه. وقيمة أمّ الولد نصف قيمتها قنه. وقيل ثلثها وقيل بكم يستخدم مدّة عمرها. قال أستاذنا ظنّ بعض الناس أن قوله عتقت بالإجماع دليل على أن الإعتاق لا يتجزّئ عند أبي حنيفة ههنا. وقد كشف السر فيه القاضي الصدر في عتاء الفقهاء. وشيخ الإسلام في **شب**[1] أن الإعتاق يتجزّئ عنده. لكن العتق لا يتجزأ فيسري إلى نصيب شريكه. وإنّما آخر العتق فيما إذا أعتق بعض القن نظراً للساكت ليصل إلى حقّه بالضمان أو السعاية قبل بطلان ملكه. ولا كذلك هاهنا. لأنّه لا يجب لا الضمان ولا السعاية عنده فلا فائدة في تأخير العتق فيه فيعتق في الحال. **شب**[2] ولو كاتب أمّ ولده ثمّ أعتق بعضها عتق كلّها عندهم لما مرّ. وسقط عنها بدل الكتابة. ولو قال أحد الشريكين "إن كان ما في بطنها غلاماً فهو مني وإن كانت جارية فليست مني." وعكسه الآخر معاً. فإن جاءت بولد لأقل من ستّة أشهر فهو لهما غلاماً كان أو جارية ولستّة أشهر لا يثبت من واحد منهما حتّى يعيد الدعوى بعده. وإن تعاقب الكلامان فالولد للأول غلاماً كأن أو جارية إذا ولدت لأقل من ستّة أشهر من الكلامين. وإن كان لأقل من الكلام الأخير دون الأوّل فالولد للأخير. وإن ولدته لستّة أشهر بعدهما لم يثبت من[3] واحد منهما كما مرّ.

قال: **وإذا وطئ المولى جارية مكاتبة فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه.**

وعن أبي يوسف لا يعتبر تصديقه كما في جارية ابنه. ولهما أن المولى لا يملك التصرّف في اكتساب مكاتبه حتّى لا يتملكها والأب يملك تملك مال ابنه فلا يحتاج إلى تصديقه.

قال: **وعليه عقرها وقيمة ولدها.**

لأنّه في معنى المغرور. لأنّه اعتمد دليلاً وهو أنّه كسب كسبه فلم يرض برقه فتكون حرّا بالقيمة ثابت النسب منه.

قال: **ولا تصير الجارية أمّ ولد له.**

لأنّه لا ملك له فيها حقيقة. وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بيّنا. وإن ملكه يوماً ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال المانع.[4]

---

[1] شب : شرح بكر خواهر زاده
[2] شب : شرح بكر خواهر زاده
[3] ق : + كل
[4] ق : + والله أعلم



٤٥ كتاب المكاتب



اعلم[١] أن الكتابة عقد مشروع مندوب. ثبت شرعيتها بالكتاب والسُنّة.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ **فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً** ﴾[٢] وإنه للندب بإجماع الأمة. وأما السُنة فقوله ﷺ « **أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير [٣٤٨/أ] فهو عبد** »[٣] وهي مشتقّة من الكتبة. لأنّ العبد لا يتمكّن من أداء بدله إلا مؤجّلاً. والكتبة مندوب في الدين المؤجّل إذا عرفنا هذا.

قال المصنّف: **إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً.**

---

[١] [illegible] المالكية. المبسوط ٢/٨.

[٢] النور ٣٣/٢٤

[٣] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٤٧/١١؛ العسقلاني "**الدراية**" ١٩١/٢.

لما بيّنّا. هـ[1] والمراد بالخير في الآية على ما قيل أن لا يضرّ بالمسلمين بعد العتق. فإن كان يضرّ بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وشرط قبول العبد. لأنّه يلزمه مال فلا بدّ من التزامه. ولا يعتق إلا بأداء كلّ البدل لقوله ﷺ « **المكاتب عبد ما بقي عليه درهمٌ** »[2] تح[3] وعتق بالأداء بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط. وقال الشافعي لا بدّ من ذكر التعليق بشرط الأداء. شس[4] ولو كاتبه على أي عمل كان يجوز.

قال: **ويجوز أن يشترط المال حالاً. ويجوز مؤجّلاً ومنجّماً.**

وقال الشافعي لا بدّ من نجمين لعجزه عن التسليم[5] في الحال لعدم أهلية الملك قبله. ولنا إطلاق ما تلونا وروينا. ولأنّه عقد معاوضة. فأشبه البدل الثمن في البيع. والقدرة لم يشترط فيه إجماعاً بخلاف السلم على أصلنا. لأنّ المسلم[6] فيه معقود عليه. فلا بدّ من القدرة عليه وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد في الرق.

قال: **ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع.**

لتحقّق الإيجاب والقبول. لأنّ العاقل من أهل القبول خلافاً للشافعي بناءً على مسألة إذن الصبي العاقل في التجارات بخلاف ما إذا لم يعقل لعدم القبول الصحيح منه. فلا ينعقد أصلاً حتّى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع. جص[7] ولو قال "جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوماً أوّلها كذا وآخرها كذا. فإذا أدّيتها فأنت حرٌّ. وإن عجزتَ فأنتَ رقيقٌ" فهي مكاتبةٌ. لأنّه أتى بتفسير الكناية. ولو قال "إذا أديتَ إليّ ألفاً كلّ شهر مائة فأنتَ حرٌّ" فهي مكاتبة في رواية أبي سليمان دون رواية أبي حفص.

قال: **وإذا صحّت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه.**

أما الخروج من يده فلتحقيق مقصود الكتابة. وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى. وأما عدم الخروج من ملكه فلما روينا.

قال: **ويجوز له البيع والشراء والسفر.**

لأن الكتابة فكّ الحجر في البلد والتصرّف لما مرّ.

---

[1] ه : هداية
[2] الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٥؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٨/٤٠٥.
[3] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي
[4] شس : شرح السرخسي
[5] ف : التسلم
[6] ق : السلم
[7] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

قال: **ولا يجوز له التزويج إلا بإذن المولى.**

لأنّه ليس من باب الإكتساب فبقى على أصل الحجر.

قال: **ولا يهب ولا يتصدّق إلا الشيء اليسير ولا يتكفّل.**

لأن هذه الأشياء تبرّع وتعلق حقّ المولى به يمنع التبرّع كحقّ الغرماء بخلاف اليسير استحساناً لا قياساً. لأنّه لا بدّ للتجّار من الهبة اليسيرة والضيافة اليسيرة [٣٤٨/ب] والإعارة. ولهذا يملكها العبد المأذون ولأنّه ﷺ قبل الهدية من سلمان ومارية رضي الله عنهما أيضاً وكانا مكاتبين. شق[1] ولو أجاز المولى كفالته أو هبته لم يصحّ أيضاً. لأنّه لا ملك للمولى في ماله. وإنّما حقّه متعلّق به. فهو كالغريم إذا أجاز عتق الوارث أو هبته لا يجوز. هـ[2] ويملك البيع بالمحاباة. فإن شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد فله أن يخرج استحساناً. ولا يتكفل نفساً ولا مالاً. ولا يفرض ولا يهب بعوض. لأنّه تبرّع ابتداءً.

قال: **فإن ولد له ولداً من أمة له دخل في كتابته وكان حكمُه حكمَه وكسبه له.**

لأنّه يملك كتابة مملوكه. وإن لم يملك إعتاقه فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان كالحرّ يملك الإعتاق فيعتق عليه. وإنّما كان كسبه له. لأنّه كسب كسبه. وكذا المكاتبة إذا ولدت يكون تبعاً لها كالبيع.

قال: **وإن زوّج المولى أمته من عبده ثمّ كاتبهما فولدت منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها.**

لأن تبعية الأمّ أرجح. لأنّه انفصل عنها وهو متقوّم بخلاف الأب. ولهذا يتبعها في الرقّ والحرّية.

قلت وقد وقع في كثير من النسخ دخل في كنايتهما. وتأويله أن كتابتهما واحدة فكانت كتابتهما كنايتهما بالإفراد أولى وما وقع في بعض النسخ وكان كسبه لهما سهو.

قال: **وإن وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر.**

لأنّها صارت أخصّ بأجزائها ليتوسّل إلى المقصود من الكتابة بالبدل منها ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء.

قال: **وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية.**

لما مرّ.

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] ه : هداية

قال: **وإن أتلف مالاً لها غرمه.**

لأنّ المولى كالأجنبي في إكساب المكاتب ونفسه. والإ لفات الغرض منها.

قال: **وإذ اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته.**

لما مرّ. وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة. وقالا يدخل اعتباراً بقرابة الولاد كالعتق بالملك. وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتّى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الولد والولد ولا يكفي في غيرها حتّى لا يجب نفقة الأخ والعم. وإلا على الموسر. ولأنّ قرابة الولاد قرابة قوية وملك المكاتب ضعيف. ويتقوى الضعيف القوي كشهادة النساء مع الرجال. والقرابة المتوسّطة قرابة ضعيفة. وملك المكاتب ضعيف. والضعيف لا يتقوى بالضعيف كشهادة النساء مع النساء.

قال: [٣٤٩/أ] **وإن اشترى أمّ ولده دخل ولدها في الكتابة لم يجز له بيعها.**

معناه اشتراها مع الولد.[1] أما دخول ولده في الكتابة فلما مرّ. وأما امتناع بيعها فلأنّها تبع للولد في هذا الحكم. قال ﷺ « **أعتقها ولدها** »[2] وإن لم يكن معها ولد فكذلك الجواب عندهما. لأنّها أمّ ولد خلافاً لأبي حنيفة. لأنّ امتناع بيعها بالتبعية للولد ولا ولد هنا.

قال: **وإن عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله. فإن كان له دين يقبضه أو مال تقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة. فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة. وقال أبو يوسف لا يجزه حتّى يتوالى عليه نجمان.**

وإنّما ينتظر نظراً للجانبين والثلاثة الأيّام يضرب.[3] لإيلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء. وجه قول أبي يوسف حديث علي رضي الله عنه إذا توالى على المكاتب نجمان ردّ في الرقّ.[4] ولهما أن سبب الفسخ قد تحقّق. لأنّ من عجز عن أداء نجم. فهو عن أداء نجمين أعجز فيفوت مقصود المولى. وهو وصول حصة النجم عند حلوله فيفسخ إذا لم يكن راضياً بدونه. ولأنّه لما حلّ حصة هذا النجم صار كأنه كاتبه على مال حال ومؤجّل. ومثله إذا عجز إذا الحال فللمولى فسخه. والآثار فيها متعارضة. روى عن

---

[1] ف، ق : مع ولدها

[2] ابن ماجه السنن "**عتق**" ٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢٣٣/٧.

[3] ق : - يضرب

[4] الزيلعي "**نصب الراية**"

ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتباً له عجز عن نجم فردها. **جص**[1] وإن أخلّ بنجم عند غير الحاكم فرده برضاه جاز كالفسخ بالتراضي. وإن لم يرض لا يجوز إلا بالقضاء كالرد بالعيب. **ط**[2] ولو أراد المكاتب أن يعجز نفسه فقال المولى لا أعجزك قال أبو بكر البلخي. قال محمد بن سلمة للمولى ذلك. ولا تفسخ الكتابة بتعجيزه. ثمّ قال أبو بكر هذا خلاف ما ذكر أصحابنا في كتبهم أن للعبد أن يعجز نفسه. فالحاصل أن الكتابة لازمة في جانب المكاتب عنده غير لازمة عند أصحابنا.

قال: **وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرقّ.**

لانفساخ الكتابة.

قال: **وكان ما في يده من الأكساب لمولاه.**

لأنّه ظهر أنّه كسب عنده.

قال: **فإن مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة وقضى الكتابة من أكسابه وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته. وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده.**

وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه أخذ علماؤنا. وقال الشافعي يبطل الكتابة ويموت عبداً. وما ترك لمولاه وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه. ولأنّه يتعذر عتقه قبل الأداء لفقد[3] الشرط وبعده لعدم المحلية ولنا أنّه عقد معاوضة [٣٤٩/ب] لا يبطل بموت أحد المتعاقدين.[4] وهو المولى فلا يبطل بموت الآخر بالقياس بجامع الحاجة إلى بقاء العقد لإحياء الحق فيترك حياً تقديراً أو يسند سبب الحرّية إلى ما قبل الموت فيصير كأنه أدى قبل الموت.

قال: **وإن لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه. فإذا أدى حكمنا يعتق أبيه قبل موته وعتق الولد.**

لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه. ويخلفه في الأداء فصار كما إذا ترك وفاء.

قلت وقوله في المتن وعتق الولد بكسر القاف. لأنّه يستند عتق الولد بالتبعية لأبيه إلى آخر الحياة.

قال: **وإن ترك ولداً مشتركاً في الكتابة قيل له "إما أن تؤدي الكتابة حالة وإلا رددت في الرقّ"**

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[2] ط : المحيط

[3] ف : لعقد

[4] ق : عاقدين

عند أبي حنيفة. وعندهما يؤديه إلى أجله. كالمولود في الكتابة بجامع التبعية. ولأبي حنيفة أن الأجل شرط في العقد فثبت في حقّ من دخل في العقد والمشترا لم يدخل فيه قصداً. ولا يسري إليه حكمه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة. لأنّه متّصل به وقت الكتابة فيسري إليه حكمه فيسعى في نجومه. **ه**[1] فإن اشترى ابنه ثمّ مات وترك وفاء ورثه ابنه لعتقه[2] مع عتق أبيه تبعاً. وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة. لأنهما جعلا كشخص واحد فيتخذ وقت عتقهما.

قال: **وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة.**

لأن الخمر والخنزير ليس بمال في حقّ المسلم فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد. وأما القيامة فلأنّها مجهولة قدراً وجنساً ووصفاً فتفاحشت جهالتها كما لو كاتبه على ثوب أو دابة. ولأنّه تنصيص على فساده بنصه على موجبه وهو القيمة.

قال: **فإن أدى الخمر عتق.**

وقال زفر لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر. لأنّ البدل هو القيمة. وعن أبي يوسف أنّه يعتق بأداء الخمر. لأنّه بدل صورة وبأداء قيمتها أيضاً. لأنّه بدل معنى. وعن أبي حنيفة أنّه إنّما يعتق بأداء عين الخمر إذا كان قال إن أديتها فأنت حرّ لتعلقه بالشرط حينئذ وصار كما إذا كانت على ميتة أو دم. ولا فصل في ظاهر الرواية والفرق بينهما وبين الميتة لأنهما مال في الجملة دون الميتة.

قال: **ولزمه أن يسعى في قيمته.**

لأنّه وجب عليه ردّ رقبته. وقد تعذر بالعتق فيرد قيمته كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع.

قال: **ولا ينقص من المسمّى [٣٥٠/أ] ويزاد عليه.**

لأنّه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد بخلاف ما لو كاتبه على ثوب حيث لا يعتق. لأنّه لا يوقف على مراد المولى لكثرة أجناسه فلا تعتق بدون إرادته. وكذا إن كاتبه على شيء بعينه لغيره بعجزه عن تسليمه حتّى لو كان من الأثمان يجوز في رواية الحسن عن أبي حنيفة أنّه يجوز حتّى إذا ملكه وسلم يعتق. فإن أجاز صاحبه فعن محمد أنّه يجوز كالبيع. وعن أبي حنيفة أنّه لا يجوز. وعن أبي يوسف أنّه يجوز أجاز أو لم يجز كالنكاح. **شط**[3] ولو كاتب مدبّره أو أمّ ولده على قيمته

---

[1] ه : هداية
[2] ق : فعتقه
[3] شط : شرح الطحاوي

جاز لأنّه لا يملك فانعقد على القيمة. فإن قلت قوله في مسألة الكتاب. ولا ينقص من المسمّى ويزاد عليه لا يتصوّر في الكتابة بالقيمة. وكذا بالخمر والخنزير. لأنّه لا يجب المسمّى فلا يتصوّر النقصان والزيادة عليه.

قلت قد تأمّلت في الجواب عنه زماناً وفتشت الشروح وباحثت الأصحاب فلم يغنني ذلك منها شيئاً حتّى ظفرت بما ذكر الإمام الملهم ركن الأئمّة الصبّاغي في شرحه فقال وهذا إذا سمّي مالاً وفسدت الكتابة بوجه من الوجوه لا ينقص من المسمّى ويزاد عليه. فالحاصل أن هذه الصورة مستأنفة غير متّصلة بالأوّل. وهذا كمن كاتب عبده على ألف ورطل من خمر. فإذا أدى ذلك عتق سواء. قال "إذا أديت إليّ فأنت حرّا" أو لم يقل. ويجب عليه الزيادة إن كانت القيمة أكثر. وإن كانت قيمته أقلّ من الألف لا يسترد الفضل عندنا.[1] فأثنيت ودعوت له وحمدت الله تعالى على ذلك. وكان يتخالج في قلبي ذلك. ولكني ما اجترأت على كتبه ما لم أجد منصوصاً عليه.

قال: **فإن كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة.**

قلت[2] معناه على حيوان معلوم الجنس غير موصوف النوع والكيفية كالعبد والفرس والبعير حتّى لو لم يتبين جنسه بأن كاتبه على دابّة أو على عشر من الأنعام لا يجوز على ما مرّ تقريره في النكاح أن جهالة الجنس متفاحشة وجهالة النوع يسيرة. فيتحمّل فيما[3] هو معاوضة مالية من وجه وتعليق إسقاط الملك بالشرط من وجه. وتجب الوسط من النوع المذكور ويجبر المولى على قبول قيمته على ما مرّ. وقال الشافعي لا يجوز كالبيع. ولنا أنّه يجوز كالنكاح. لأنّها تُبنى على المسامحة والبيع على المماكسة.

قال: **وإذا كاتب عبديْه [٣٥٠/ب] كتابة واحدة بألف درهم إن أديا عتقا. وإن عجزا ردّا إلى الرقّ.**

و في[4] ز[5] وشق[6] كاتب عبديه كتابة واحدة[7] بألف درهم جاز معناه إن أديا عتقا. وإن عجزا ردّا.

قلت وفيه إشارة إلى أن هذا البيان زيادة على لفظ المختصر فإنما يجوز. لأنّه لو جمعهما في عقدين يجوز. فكذا في عقد واحد كالبيع والإجارة والنكاح. وإن أدى أحدهما الألف عتقا. ولو أدى حصّته لا يعتق خلافاً لزفر اعتباراً لمعنى القسمة. ولنا أنّه تعلق عتقهما بأداء الألف والمعلّق بالشرط عدم قبل وجوده.

---

[1] ف، ق : + قلت
[2] ق : - قلت
[3] ق : ما
[4] ق : بعض نسخ
[5] ز : الزيادات لمحمد بن الحسن
[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[7] ف، ق : - كاتب عبديه كتابة واحدة

قال: **فإن كاتبهما على أن كلّ واحد منهما ضامن عن الآخر جاز الكتابة.**

وقال الشافعي لا يجوز. لأنّه شرط الكفالة بمال الكتابة. ولأنّه جعل المكاتب كفيلاً وإنه لا يجوز. ولنا أنّه يصير كأنه كاتب كلّ واحد منهما بألف وجعل عتق الآخر معه مشروطاً في كتابته. وإنه جائز كما لو كاتبه بالف على أنّه إن أداها يعتق عبده الآخر معه. وأما تضمنها كفالة المكاتب. فإنما لا يجوز لتبرّعها ابتداءً. والكفالة هنا سعي في استخلاص نفسه عن الرقّ لا تبرّع فجازت.

قال: **وأيهما أدى عتقا.**

لوجود الشرط وحصول البدل فيثبت المشروط ويسلم المبدل.[1]

قال: **ويرجع على شريكه بنصف ما أدى.**

لأن الكفالة بأمره. **شق**[2] وقالوا ولو أدى نصفه أو أقلّ يرجع بنصف ذلك لاتّحاد جهة لزوم الكلّ في حقّ كلّ واحد منهما وهي الكتابة. ويوقف عتقهما به كالكفيلين بمال واحد بخلاف المتفاوضين إذا افترقا فإنه لا يرجع إلا إذا زاد على النصف لاختلاف جهتي الأصالة والكفالة. **ط**[3] ولو كاتب عبديه كتابة واحدة فعجز أحدهما فرده المولى في الرقّ أو القاضي و لم يعلم بكتابة الآخر لم يصحّ. فإن غاب هذا المردود جاء الآخر ثمّ عجز فليس للقاضي رده في الرقّ. ولو أن رجلين كاتبا عبدا كتابة واحدة ثمّ غاب أحدهما وعجز المكاتب لا يعجزه القاضي حتّى يجتمع المولیان. **جص**[4] ولو كاتب الحرّ عن عبده بألف فأداه عتق. ولو بلغ العبد قبل الأداء فقبل صار مكاتباً. ولو كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب جاز. ومعناه أن يقول له "كاتبني بألف درهم على نفسي" وعلى فلان الغائب ينفذ في حقّ الشاهد. ويتوقّف في حقّ الغائب قياساً لولايته على نفسه دون غيره. وينفذ في حقّهما استحساناً. وأيهما أدى عتقا. لأنّه جعل نفسه فيها أصيلاً والغائب تبعاً. وإنه مشروع كالأمة إذا كوتب عن نفسها وأولادها الصغار جاز. ويدخل الأولاد فيها تبعاً. وأيهم أدى عتقوا. وليس عليهم من البدل شيء. كذا [٣٥١/أ] هذا. وله أن يأخذ الحاضر بكلّ البدل لنفاذه عليه دون الغائب. وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه بشيء. أما الحاضر فلكون البدل عليه. وأما الغائب فكذلك قبل العقد أو لم يقبل. لأنّه انعقد غير موجب للرجوع فلا يتغيّر. ولو أدى الغائب البدل يجبر المولى على القبول لتعلق عتقه وحقه به كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول.

---

[1] ق : بدل

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] ط : المحيط

[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

قال: **وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه. وسقط عنه مال الكتابة.**

لأنّه مملوكه فتعلق بإعتاقه. ويسقط مال الكتابة. لأنّه استوفي المبدل[1] بالإعتاق فلا يجب بدله.

قال: **وإذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة.**

كسائر العقود ومحافظة على حقّ المكاتب.

قال: **وقيل له أدّ المال إلى ورثة المولى على نجومه.**

لأنّه انعقدت لاستحقاق الحرّية على هذا الوجه فلا يتغيّر. لكن الورثة يخلفون مولاه في الاستيفاء.

قال: **وإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه.**

وقال الشافعي ينفذ. لأنّ الوارث بملك نصيبه منه عنده كالمعلّق بدخول الدار. ولنا أن المكاتب لا يملك بالإرث كسائر الأسباب حتّى لو زوج بنته من مكاتبه ثمّ مات لا تنفسخ الكتابة. لأنّ الكتابة يزيل يد المولى ويفيد حرية اليد بخلاف سائر الشروط. وإذا لم يملكه لم يعتق.

قال: **وإن أعتقوه جميعاً عتق.**

استحساناً.

قال: **وسقط عنه مال الكتابة.**

لأنّه يصير إبراءً عن بدل الكتابة بطريق الكناية. لأنّ الإعتاق من لوازم إبراء الكلّ أو إدانة بخلاف إبراء البعض أو أدائه.

قلت وهذا حجّة لأبي حنيفة في مسألة تجزئ الإعتاق أنّه يزول ملك المعتق عن نصيبه. ولا يعتق كالمكاتب إذا مات مولاه يزول ملكه. ولا يملكه الورثة ولا يعتق إلا بالأداء أو الإبراء.

قلت و لم يذكر أنّه إذا عجز بعد موت المولى. هل يرد المكاتب في الرقّ؟ وذكر في ط[2] ولو مات المولى وأراد بعض ورثته أن يرد المكاتب في الرقّ قبل أن يجتمع الكلّ فله ذلك بخلاف الموليين. قال ولا يرده الوارث إلا بقضاء فثبت أنّه يرد في الرقّ. وفي الزيادات أنّه يرد في الرقّ بالعجز.

قال: **وإذا كاتب المولى أمّ ولده جاز.**

---

[1] ق : البدل

[2] ط : المحيط

لبقاء رقها على ملكه. فإن قلت هذا تقويم أمّ الولد ولا قيمة لها. قلت نعم ولكن في العقود والبياعات دون السعاية. ألا ترى أن أمّ ولد النصراني إذا أسلمت سعت في قيمتها.

قال: **فإن مات المولى سقط عنها مال الكتابة.**

لأن استيجاب مال الكتابة [٣٥١/ب] للعتق. وقد حصل ذلك بموت المولى.

قال: **فإن ولدت مكاتبته منه فهي بالخيار. إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أمّ ولد له.**

عرض لها جهة حُرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما. ونسب الولد وحريته ثابت في الحالين. لأنّ ماله من الملك في المكاتب يكفي للإعتاق. فإن اختارت الكتابة أخذت عقرها. لأنّها أحقّ بمنافعها. ثمّ إذا مات المولى سقط عنها مال الكتابة. ه[1] وإن ماتت هي تؤدي مكاتبتها من مالها وما بقي لابنها. وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على ابنها. لأنّه حرّ. ولو ولدت ولداً آخر لا يثبت نسبه إلا بدعوة المولى لحرمة وطئها. ثمّ إذا ماتت من غير وفاء يسعى الولد الثاني. لأنّه مكاتب تبعاً لها ولو مات المولى بعد عتق وسقط عنه السعاية. لأنّه في حكم أمّه. ه[2] ولو كاتب أمّ ولده جاز لتعجيل العتق ويعتق ويسقط البدل بموت السيد. ويسلم لها الأولاد والإكساب.

قال: **وإذا كاتب مدبّرته جاز.**

لاستحقاق ثبوت الحرّية من وجه لا يمنع استحقاقها من وجه آخر كتعليق الحرّية بالموت ثمّ بأسباب أخر.

قال: **فإن مات المولى ولا مال له كانت بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة.**

وهذا عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف في الأقلّ تسعى من ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة حتما. وقال محمد تسعى في الأقلّ من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة. لأنّ عند أبي حنيفة الإعتاق متجز والرقّ باق. وقد عرض لها جهتا حرية معجلة بالسعاية الحالية بحكم التدبير ومؤجّلة بها على نجومه بحكم الكتابة فتخير بينهما.[3] وعندهما الإعتاق لا يتجزّئ فلما عتق ثلثها بموت السيّد بحكم التدبير صارت حرّة فسقط

---

[1] شاءت. المبسوط ٣٠/٨.

التخيير. ويجب الأقلّ. لكن محمداً يقول لما سلم لها ثلثها بالتدبير يستحيل أن يجب عليها بدل السالم فيسقط ثلث البدل كما إذا سلم لها الكلّ فيما إذا وسعت في الثلث حيث يسقط كلّ البدل وصار كما إذا أخر التدبير عن الكتابة. ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها. وإن قوبل بالكلّ صورة ضرورة سقوط ثلثها بالتدبير قبل الكتابة. وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثمّ طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الثالثة لدلالة الإرادة. كذا هذا بخلاف ما إذا تأخر التدبير لمقابلة البدل بالكلّ صورة ومعنى.

قال: **وإن دبّر مكاتبته صح التدبير.**

لما بيّنّا

قال: **ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها أو صارت مدبّرة.**[1]

[٣٥٢/أ] لأنّ الكتابة ليست بلازمة.

قال: **فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له فهي بالخيار. إن شاءت سعت في ثلثي قيمتها أو ثلثي بدل الكتابة. وقالا تسعى في الأقلّ منهما.**

وحجج الجانبين. والفرق بين المسألتين ما قررناه.

قال: **وإذا أعتق المكاتب عبده على مال لم يجز.**

لأن الإعتاق تبرّع لزوال ملكه في الحال قبل حصول المال بخلاف الكتابة. ولهذا لم يملك الأب والوصي إعتاق عبد الصغير بمال ويملكان الكتابة.

قال: **وإن وهب على عوض لم يصحّ.**

لأنّه تبرّع ابتداء. وكذا لو باع نفسه منه أو زوج عبده أو أقرض ماله. ولو زوج أمته جاز. لأنّه كسب.

قال: **ولو كاتب عبده جاز.**

استحساناً خلافاً لزفر والشافعي. لأنّ العتق لم يحصل فيه إلا بعد سلامة البدل على ما بيّنّاه.

قال: **فإن أدى الثاني قبل أن يعتق الأوّل فولاه للمولى.**

لأن الأوّل ليس من أهل الولاء.

---

[1] ق : - ولو مات المولى وأراد بعض ورثته أن يرد المكاتب في الرقّ قبل أن يجتمع.. وإن شاءت عجزت نفسها أو صارت مدبرة

قال: **وإن أدى بعد عتق المكاتب الأوّل فولاؤه له.**

لأنّه صار من أهله كسائر الأحرار. ط[1] ولو اشترى المكاتب أمة فحبلت في ملكه وولدت فادعى المولى ولد أمه مكاتبة لا يصحّ إلا بتصديق المكاتب. وعن أبي يوسف يصحّ كدعوة الأب ولد جارية ابنه. وأما إذا جاءت به لأقل من ستّة أشهر لا يصحّ. ولا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتب أيضاً. وإن صدقه ثبت النسب. وكان الولد عبداً على حاله. وكذا لو اشترى غلاماً من السوق فادعى المولى نسبه ثبت نسب الغلام بتصديقه. ويكون عبداً للمكاتب بحاله. ولو ادّعى ولد مكاتبة مكاتبه. فعلى[2] هذا التفصيل لكن العبرة هنا لتصديق المكاتبة لا لتصديقه.

---

[1] ط : المحيط

[2] ق : + مكاتبة



٤٦ كتاب الولاء



الولاء[1] نوعان[2] ولاء عتاقة وسببه العتق على ملكه. وولاء موالاة وسببه العقد. والمعنى فيهما التناصر. وقد قرّر النبي ﷺ تناصر العرب بهما. فقال « **وإن مولى القوم منهم وحليفهم منهم** »[3] والمراد بالمولى المعتق. وبالحليف مولى الموالاة. لأنّهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف. والأوّل أقوى.

فبدأ المصنّف به فقال: **إذا أعتق المولى[4] مملوكه فولاه له.**

لقوله ﷺ « **الولاء لمن أعتق** »[1] ولأنّ التناصر به فيعقله ويرث عنه. لأنّ الغنم بالغرم.

---

[1] [illegible] المؤثر. البحر الرائق [illegible]

[2] [illegible] بالحلف. المبسوط ٨١/٨.

[3] البخاري الصحيح "**فرائض**" ٢٤؛ أبو داود السنن "**زكاة**" ٢٩؛ النسائي السنن الكبرى "**زكاة**" ٩٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٤٨/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٩٧/٤.

[4] ف : الرجل

قال: **وكذلك المرأة تُعتق.**

لما مرّ. ولأنّه مات معتق حمزة رضي الله عنه عنه وعن بنت فجعل النبي عليه السلام الميراث بينهما نصفين. ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغير مال بفعله وبغير فعله كالإرث قصداً وضمناً.

قال: **فإن شرط أنّه سائبة** [٣٥٢/ب] **فالشرط باطل. و« الولاء لمن أعتق »**[٢]

لأنّه شرط يخالف النصّ في المغرب ساب جرى فذهب كلّ مذهب والسائبة كلّ ناقة كانت تسيب لعدو وعبده سائبة أي معتق لا ولاء بينهما. وعن ابن مسعود رضي الله عنه « **السائبة تضع ماله حيث يشاء** »[٣] هو[٤] الذي لا وارث له.

قلت أن يعتق عبده على أن لا ولاء. وروي أنّه عليه السلام قال في خطبته « **ما بال أقوام يشترطون شرطاً ليس في كتاب الله كتاب الله أحقّ وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق** »[٥]

قال: **وإذا أدى المكاتب عتق. وولاءه للمولى وإن عتق بعد موت المولى.**

لأن عتقه حصل من جهة المولى. ه[٦] وكذا العبد الموصي بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته. لأنّ فعل الوصي كفعله والتركة على ملكه.

قال: **وإن مات المولى عتق مدبّروه وأمهات أولاده وولاءهم له.**

لأنّه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد.

قال: **و« من ملَك ذا رحمٍ محرمٍ منه عُتق عليه وولاءه له »**[٧]

لما مرّ في العتاق.

---

[١] البخاري الصحيح **"بيوع"** ٧٣؛ مسلم الصحيح **"عطق"** ٨؛ أبو داود السنن **"عطق"** ٢؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ٣١؛ ابن ماجه السنن **"عطق"** ٣؛ مالك الموطا **"عطق"** ١٤٧٧؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٨١/٦.

[٢] البخاري الصحيح **"بيوع"** ٧٣؛ مسلم الصحيح **"عطق"** ٨؛ أبو داود السنن **"عطق"** ٢؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ٣١؛ ابن ماجه السنن **"عطق"** ٣؛ مالك الموطا **"عطق"** ١٤٧٧؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٨١/٦.

[٣] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٢٨٣/٦؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٠٢/١٠؛ الدارمي السنن **"فرائض"** ٤٦.

[٤] ق : - هو

[٥] البخاري الصحيح **"صلاة"** ٧٠؛ مسلم الصحيح **"عطق"** ٨؛ الترمذي السنن **"وصايا"** ٨؛ النسائي السنن الكبرى **"طلاق"** ٣١؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٢٤٨/٧

[٦] ه : هداية

[٧] أبو داود السنن **"عتق"** ٧؛ الترمذي السنن **"أحكام"** ٢٨؛ ابن ماجه السنن **"عتق"** ٥.

قال: **وإذ تزوّج عبد لرجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها. وولاء الحمل لمولى الأمّ لا ينتقل عنه أبداً.**

لأنّه عتق على معتق الأمّ مقصوداً. لأنّه جزء منها حينئذ فلا ينتقل عنه أبداً لما روينا. وكذا لما روينا. وكذا إذا ولدت لأقل من ستّة أشهر وولدت ولدين أحدهما لأقل من ستّة أشهر. لأنهما توأمان يتعلّقان معاً بخلاف الحامل إذا والت رجلاً والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب. لأنّ الجنين قابل للعتق غير قابل للعتق.

قال: **وإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستّة أشهر ولداً فولاؤه لمولى الأم.**

لأنّه عتق تبعاً للأم لاتّصالها بها. وهي معتقة ولا أهلية للأب الرقيق فيتبعها في الولاء ضمناً. لأنا لم نتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتّى يعتق مقصوداً.

قال: **فإن أعتق الأب[1] جرّ ولاء ابنه وانتقل عن مولى الأمّ إلى مولى الأب**

لثبوت أهلية الأب وثبوت الولاء لمواليها تبعاً بخلاف الأوّل. وهذا لأنّ الولاء بمترلة النسب قال ﷺ « **الولاء لُحمة كلُحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث** »[2] ثمّ النسب إلى الأباء فكذا الولاء.[3] وصار هذا كولد الملاعنة يُنسب إل قوم الأمّ ضرورة. فإذا أكذب الملاعن نفسه يُنسب إليه. كذا هذا بخلاف ما إذا أعتقت المعتدّة عن موت أو طلاق بائن أو رجعي فجاءت بولد لأكثره من سنتين من الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى [٣٥٣/أ] لموالي الأم. وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته والطلاق البائن لحرمة الوطئ والرجعي للشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً. **جص**[4] ولو تزوّج معتقه بعبد فولدت أولاداً فعقلهم على موالي الأمّ

---

[1] ف : العبد

[2] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٣٠٨/٤؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٥/٩؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

[3] [illegible] بينهما. تحفة الفقهاء ٢٨٧/٢.

[4] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

تبعاً لها إذ لا موالي للأب فلو أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه.[1] ولا يرجع عاقلة الأمّ على عاقلة الأب بما عقلوا لثبوت الولاء لهم مقصوداً على عتق الأب بخلاف ولد الملاعنة. لأنّه يستند ثمة إلى حال العلوق.

قال: **ومن تزوّج من العجم بمعتقه من العرب فولدت له أولاداً فولاء ولدها لمواليها عند أبي حنيفة.**

وهو قول محمد. وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه. لأن النسب بالأب كما إذا كان عربياً. ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حقّ الأحكام حتّى يعتبر من الكفاءة فيه. والنسب في حقّ العجم ضعيف. فإنهم ضيعوا أنسابهم حتّى لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب. والقوي لا يعارض الضعيف بخلاف ما إذا كان عربياً. لأنّ أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء. ه[2] والخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتّفاقاً. ز[3] ه[4] وعلى هذا الخلاف إذا كان للأب ولاء موالاة. لأنّه أضعف من ولاء العتاقة. ولو كان معتقين فالنسبة إلى الأب.

قال: **وولاء العتاقة لعصبته.**

وفي بعض النسخ تعصيب لقوله ﷺ « **الولاء لُحمة كلحمة النسب** »[5] أي وصلة وتقدم على ذوي الأرحام. هكذا روي عن علي رضي الله عنه. ولأنّه عصبة لقوله ﷺ للذي اشترى عبداً فأعتقه « **هو أخوك ومولاك فإنْ شكَرَكَ فهو خير له وشرٌّ لك وإن كفَرك فهو شرّ له وخيرٌ لك. وإن مات ولم يتركْ وارثاً كنتَ أنت عصبَتَه** »[6] والعصبة مقدّم على ذوي الأرحام.

قال: **فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى منه.**

لأن المعتق آخر العصبات لقوله ﷺ فيما روينا من الحديث « **فإن لم يترك وارثاً منت أنت عصبته** »[7] ولأنّ النسب أقوى من السبب.

---

[1] ... وبالإكذاب يتبين ذلك ويتبين أن عقله كان على قوم أبيه. تبيين الحقائق ٥/١٧٦.

[2] ه : هداية

[3] ز : الزيادات لمحمد بن الحسن

[4] ه : هداية

[5] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤/٣٠٨؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٩/٥؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤/٢٠٠.

[6] الزيلعي **"نصب الراية"** ٤/١٥٣؛ العسقلاني **"الدراية"** ٢/١٩٤.

[7] الزيلعي **"نصب الراية"** ٤/١٥٣؛ العسقلاني **"الدراية"** ٢/١٩٤.

قال: **فإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق.**

قلت معناه إذا لم يكن له صاحب فرض. وإن كان فالفاضل من فرضه لما روينا من الحديث.

قال: **فإن مات المولى ثمّ مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته. و« ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن »**[1]

بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي ﷺ.

قال: **ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر** [٣٥٣/ب] **فميراثه للابن دون بني الابن و« الولاء للكبر »**[2]

كذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وأبي بن كعب وأبي مسعود الأنصاري وأسامة بن زيد رضي الله عنهم.

قال: **وإن أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه. فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى.**

وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء. لأنّ فيها إبطال حقّ بيت المال. وكذا الوصيّة بجميع المال عنده[3] لهذا. ولنا قوله تعالى ﴿ **والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم** ﴾[4] نزلت الآية في الموالاة. وسئل ﷺ عن رجل أسلم على يد آخر ووالاه فقال ﷺ « **هو أحقّ الناس به محياه ومماته** »[5] وفيه إشارة إلى العقل والإرث في هاتين الحالتين. ولأنّ ماله كسبه فكان أحقّ بصرفه إلى حيث شاء بالنصّ. **شق**[6] قالوا[7] وإنّما يصحّ الموالاة بشرائط. أحدها أن يكون الموالي من غير العرب. لأنّ تناصر العرب بالقبائل أقوى. والثاني أن لا يكون عتيقاً لأنّ ولاء العتق أقوى. والثالث أن لا يكون عقل عنه غيره لتأكد ذلك. والرابع أن يشترط العقل والإرث.

---

[1] عبد الرزاق **"مصنّف"** ٣٦/٩؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٢٨٩/٦؛ الدارمي السنن **"فرائض"** ٥٢؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٠٦/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٠٣/٤.

[2] عبد الرزاق **"مصنّف"** ٣٠/٩؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٢٩٤/٦؛ الدارمي السنن **"فرائض"** ٣٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٠٣/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٠٣/٤.

[3] ق : - عنده

[4] النساء ٣٣/٤

[5] البخاري الصحيح **"فرائض"** ٢٢؛ أبو داود السنن **"فرائض"** ١٣؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ٢٠؛ ابن ماجه السنن **"فرائض"** ١٨؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٠٢/٤؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٠٤/٤.

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[7] ق : قال

قال: **وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه.**

لأنّه غير لازم كالوصيّة حتّى يتأكد بالعقل عنه. وكذا للأعلى أن يتبرأ منه لكن بمحضر من الأوّل كعزل الوكيل بخلاف الأسفل إذا عقد مع غيره بغير محضر من الأوّل حيث يصحّ. لأنّه فسخ حكمي.

قال: **وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوّل بولائه.**

لتعلق حقّ الغير به. وكذا لا يتحوّل ولده. وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكلّ واحدٍ منهما أن يتحوّل.

قال: **وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً.**

لأنّه[1] لازم.

---

[1] ق : فإنه



٤٧ كتاب الجنايات



اعلم[1] أن ملاك الولاية الدينية والدنيوية والرياسة الإحسان والعدل والسياسة. فإن الإحسان يستعيد الإنسان ويرفع التباغض والعدوان.[2] وبالسياسة يتميز[3] نفوس الطغاة[4] والسفهاء. وتطمئن قلوب الهداة والصلحاء. وبالعدل يستقيم الملك والممالك ويستدفع به الأخطار[5] والمهالك. ولهذا كان لنا ﴿ **في القصاص حياة**[6] ﴾[1] وفي إهماله مضيعة ومماة. وكتب علينا ﴿ **القصاص في القتلى** ﴾[2] عند إمكان المماثلة.

وبالسياسة يتميز

العظيم القدر والمنزلة. تاج

للقتل وأكثروا القتل ليقل القتل وهو كلام سائر

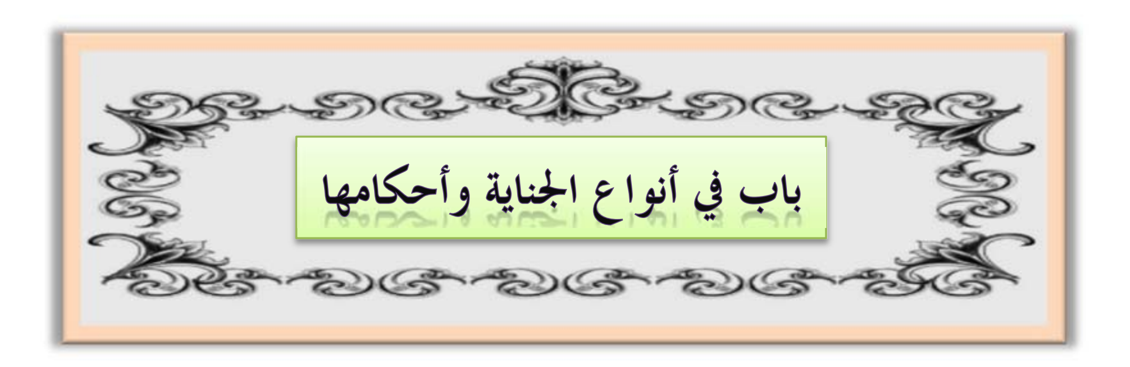
وهي طريقة المثلى فكان شرع أحكام الجنايات[3] من القصاص والضمان في الأروش والديات من معظم معاقد الأمور الدينيات. فأتبعها المصنّف العبادات والمعاملات. ولما كان قتل النفوس المعصومة من بينها[4] أعظم الكبائر [٣٥٤/أ] وأخبث جرائم المكلّفين والحرائر. ابتداء المصنّف به فيه[5] بتنويعه وترتيبه وتنقيح موجب كلّ نوع منه وتهذيبه.

القرآن للحصاص

وإتلافا. الجوهرة النيرة ٤٧٦/٤.

٤ ق : – بينها

٥ ف : – فيه



٤٧. ١ باب في أنواع الجناية وأحكامها

فقال:[1] **القتل**[2] **على خمسة أوجه.**[3] **عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب. والعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء كالمحدّد من الخشب والحجر والنار.**

وكذا البطة الغصب. لأنّ العمد هو القصد. ولا توقف على القصد إلا بدليله. ودليله استعمال القاتل آلته. فأقيم الدليل مقام مدلوله. لأنّ الدلائل يقام مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية.

قال: **وموجب ذلك المأثم والقود إلا أن يعفو الأولياء.**

قلت معناه وموجب القتل العمد إذا كان جناية بشرائطه الّتي يذكر من بعد المأثم والقود. وذلك من حيث الكتاب والسنة والإجماع. أما في المأثم فقوله تعالى ﴿ **ومن يقتل مؤمناً متعمّداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها** ﴾[4] الآية. وروي عن النبي ﷺ أنّه قال « **إن أعتى الناس على الله رجل قتل غير قاتله وقال الآدمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب**[5] »[6]

[illegible] وجه. بدائع [illegible]

[illegible] القصاص. المبسوط [illegible]

[illegible] جميعا. المبسوط [illegible]

[illegible]

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمّة على أنّه من الكبائر المنصوص عليها. والأحاديث الواردة فيه أكثر من أن يحصى. وأما في القود فقوله تعالى ﴿ **كتب عليكم القصاص في القتلى** ﴾[2] وقوله ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس** ﴾[3] الآية. وقوله ﴿ **ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يُسرفْ في القتل** ﴾[4] وعنه عليه السلام أنّه قال « **العمد قود** »[5] أي موجبه أو حكمه. وأما الإجماع فظاهر. ولأنّه فوق النفس فالعدل هو المجازاة بمثله إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا لأنّ الحق لهم. ثمّ القود هو الموجب عيناً. وهو أحد أقوال الشافعي إلا أنّه ليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل عندنا. وعنده له ولاية العدول من القود إلى الدية بغير رضاه لتعينه مدفعاً للهلاك. وفي قول الواجب أحدهما غير عين ويتعين باختياره لقوله عليه السلام في حديث بني خزاعة[6] « **فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خِيرَتين إن أَحبّوا قَتلوا وإن أَحبُّوا أخذوا الديةَ** »[7] وروي العقل. وروي فأدوا. ولنا من الكتاب وروينا من الأحاديث. ولأنّه لا معادلة بين المال والنفس إلا بالضرورة. ولأنّه يفوت مصلحة استيفاء الحياة في القصاص على العموم. وأما الحديث فالعقل والمفاداة لا يكون إلا بالتراضي. وكذا الدية. لأنّ الدية ما يؤدى أما الأخذ بدون رضاه وأداء به[8] فذاك غصب لا دية [٣٥٤/ب] فيكون الحديث محمولاً على الأخذ برضا القاتل.

كل واحد منهم قاتل بوصفالكمال

ذلك. الفقه على المذاهب الأربعة ١٤٣/٥.

١ علي المتقي كنز العمال ٤٩/١٦ ر ٤٣٨٨٤.

٢ البقرة ١٧٨/٢

٣ المائدة ٤٥/٥

٤ الإسراء ٣٣/١٧

٥ أبو داود السنن **"ديات"** ١٥؛ ابن ماجه السنن **"ديات"** ٨؛ النسائي السنن الكبرى **"محاربة"** ١٤؛ الدارقطني السنن ٩٣/٣؛ أحمد بن حنبل

نهاية الأرب ٨٥/١.

٧ البخاري الصحيح **"ديات"** ٧؛ مسلم الصحيح **"حج"** ٤٤٧؛ أبو داود السنن **"ديات"** ٤؛ الترمذي السنن **"ديات"** ١٣.

٨ ق : – به

قال: **ولا كفّارة عليه**[1]

خلافاً للشافعي. لأنّ العمد أقبح. فكان ادّعى إلى الكفّارة. ولنا أنّه كبيرة محضة وفي الكفّارة معنى العبادة فلا يناط بها. ولأنّها من المقادير. فلا يتعدى مورد النص. ومن حكمه حرمان الإرث لقوله ﷺ « **لا ميراث للقاتل** »[2] **ط**[3] **ص**[4] العمد أن يتعمّد قتل[5] من لا يحلّ قتله بالحديد سواء كان سلاحاً كالسيف والسكين والذبح أو لم يكن كالإبرة والأشفي بضعه أولا كالعمود وسنجات[6] الميزان[7] لقوله ﷺ « **لا قود إلا بالحديد** »[8] فدل على أن العبرة في هذا الباب للحديد. **م**[9] عن أبي يوسف قتله بإبرة أو بما يشبهها لا قود عليه. وفي المسلة[10] القود.[11] **شس**[12] الإبرة إذا أصابت المقتل ففيه القود. وإلاّ فلا. وعن أبي حنيفة قتله بعمود أو سنجة حديد لا حدّ له فليس بعمد بل خطأ عمد. وعندهما إذا كان الغالب منه الهلاك فعمد محض. وإلا فخطأ عمد وفيه القود. وحكم ما كان من جنس الحديد كالصفر والرصاص والذهب والفضّة والنحاس والآنك[13] حكم الحديد على ما مرّ.[14] وإن طعنه برمح لا سِنان له أو رماه بسهم لا نصل له فجرحه ففيه القود عن محمد. قصد قطع يده فأخطأ فأبان رأسه فهو عمد وفيه القود. ولو أصاب رأس غيره فأبانه فخطأ. وكلّ ما قصد بالضرب عضواً من إنسان فأصاب منه غير فهو عمد. وإن أصاب من غير فخطأ.

---

١ ف : فيه

٢ أبو داود السنن **"ديات"** ١٨-٢٠؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ١٧؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٤٩/١؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٢٦٣/٧.

٣ ط : المحيط

٤ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

٥ ق : - قتل

٦ سنجة الميزان ما يوزن به كالرطل والأوقية. المعجم

الدارقطني السنن ٨٧/٣ بلفظ "لا قود إلا بحديدة ولا قود في النفس وغيرها إلا بحديدة"

٩ م : المنتقى للحاكم الشهيد

١٠ المسلة بالكسر الإبرة العظيمة وجمعها مسال. الجوهري الصحاح

الفتاوى الهندية ٥/٦.

١٢ شس : شرح السرخسي

١٣ الآنك بالمد هو الرصاص وهو فارسي معرب قيل كان أصله سرب. تاج

قلت وبهذا تبين إن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمداً.

١.١.٤٧ فصل في شبه العمد

قال: **وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمّد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجرى السلاح. وقال أبو يوسف ومحمد إذا ضربه بحجر عظم أو خشبة عظيمة فهو عمد. وشبه العمد أن يتعمّد ضربه بما لا يقتل به غالباً.**

وبه[١] الشافعي. لأنّ معنى العمدية يتقاصر بآلة لا يقتل بها غالباً.[٢] لأنّه يقصد به التأديب. وإنه يتكامل بآلة يقتل بها غالباً. ولا تلبث فكان عمداً موجباً للقود. وله قوله ﷺ « **ألا إنَّ قتيلَ خطأِ العمد قتيل السَّوْطِ والعصا وفيه مائةٌ من الإبل** »[٣] ولأنّ الآلة لما لم تكن موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه. لأنّه يتعذر استعمالها على غرّة ممن يقصد قتله فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة. وكان شبه عمد كالسوط والعصا. ط[٤] شب[٥] وشبه العمد عنده أن يتعمّد الضرب بما ليس بسلاح ولا في معناه ويكون قصده الضرب والتأديب دون الإتلاف.

قلت فشرط[٦] فيه أن يقصد التأديب دون الإتلاف. ثمّ قال سواء كان الإتلاف منه غالباً أو لم يكن والى [٣٥٤/أ][٧] في الضربات أو لم يوال. وعندهما أن يتعمّد بما كان الإتلاف منه غالباً فعمد محض. وإلا كالسوط الصغير والعصا الصغيرة. فإن لم يوال في الضربات[٨] فشبه العمد. وإن والى ففيه اختلاف المشايخ على قولهما قد ضربه بيده أو بفعله أو شيء لا يقصد به القتل فمات. قال أسد بن عمرو[٩] هو شبه العمد. وقال الحسن هو خطأ. إنّما يكون شبه العمد إذا والى في الضربات.

الفسطاط. تبيين الحقائق ١٠٠/٦.

٣ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤١٠/٣؛ الدارقطني السنن ١٠٣/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٩٢/٤.

٤ ط : المحيط

٥ شب : شرح بكر خواهر زاده

٦ ق : يشترط

٧ ٣٥٤أ و٣٥٤ب مكرر في نسخة أ.

٨ ف : - أو لم يوال. وعندهما أن يتعمّد بما كان الإتلاف منه غالباً فعمد محض. وإلا كالسوط الصغير والعصا الصغيرة. فإن لم يوال في الضربات

قال: **وموجب ذلك على القولين المأثم والكفّارة ولا قود فيه وفيه دية مغلّظة على العاقلة.**

أما المأثم فلأنّه قصد الضرب والشبهة في الآلة لا في الفعل. وأما الكفّارة فلشبهة بالخطأ. ولا قود فيه لما روينا. وقال الشافعي إذا والى في الضرب بسوط صغير يجب القود لقصده القتل. والحجّة عليه ما مرّ. وأما الدية المغلّظة على العاقلة فلأن كلّ دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ على ما يجيء تفاصيلها إن شاء الله. ويتعلّق به حرمان الميراث. لأنّه حكم القتل والشبهة توتر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث.

٤٧ .١ .٢ فصل في الخطأ

قال: **والخطأ على وجهين خطأ في القصد. وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي وخطأ في الفعل. وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً. وموجب ذلك الكفّارة والدية على العاقلة.**

لقوله تعالى ﴿ **ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلّمة إلى أهله** ﴾[١] وتمامه يأتي في كتاب الديات.

قال: **ولا مأثم فيه.**

لقوله تعالى ﴿ **وليس جُناح عليكم فيما أخطأتم به** ﴾[٢]

قلت معناه لا مأثم فيه مأثم القتل.[٣] ولكن لا يعرى عن الإثم بترك المبالغة والتثبيت عند الرمي. ويحرم عن الميراث للحديث. ولأنّه فيه إثماً فيصحّ تعليق الحرمان به.

٤٧ .١ .٣ فصل في ما أجرى مجرى الخطأ

قال: **وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله. فحكمه حكم الخطأ.**

: وولي القضاء

الجواهر المضيئة ١/١٤٠.

١ النساء ٤/٩٢

٢ الأحزاب ٣٣/٥

٣ ف : + قلت

لعدم قصد القتل.

٤٧. ١. ٤ فصل في القتل بسبب

قال: **وأما القتل**[١] **بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه. وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة ولا كفّارة فيه.**

فلأنّه سبب في القتل بوصف التعدّي. وكلّ مسبّب متعدّ ضامن كالأطراف والأموال ولا كفّارة فيه ولا يحرم عن الإرث.[٢] وقال الشافعي لما جعله الشرع قاتلاً كان أحكامه أحكام الخطأ. ولنا أنّه ملحق بالقتل في حقّ الضمان دون الكفّارة والحرمان. لأنهما ثبتا بذنب القتل. وفيه ذنب الحفر والوضع في غير ملكه دون ذنب القتل. قالوا ولا إثم فيه. معناه لا إثم فيه إثم القتل دون إثم الحفر والوضع. **ط**[٣] ذكر محمد القتل في الأصل على ثلاثة أوجه. [٣٥٤/ب] عمد وخطأ وشبه عمد. ثمّ جعل الخطأ على وجهين مباشرةً وتسبيباً. وذكر أن الحرمان عن الإرث حكم القتل مباشرة عمداً كان أو خطأ كمن رمى صيداً فأصاب آدمياً أو حربياً فأصاب مسلماً أو ظنّه مباح الدم فكان محقون الدم أو نائماً فانقلب على إنسان فقتله أو سقط من يده لبنة أو خشبة أو وطئته ركوبته فقتلته فهذا كلّه قتل مباشرة. ومن حفر في غير ملكه أو أخرج جناحاً أو كنيفاً أو ساق دابّته فتلف به إنسان فهذا قتل تسبيباً. فلا يحرم به عن الإرث. **ط**[٤] **جص**[٥] قتله بمر[٦] ففيه القود إذا قتله بحدّ حديدة. وإذا قتله بظهر حديدة فجرحه فكذلك إجماعاً. وإن لم يجرحه فكذلك على رواية الأصل لاعتبار الحديد دون الجرح. وعلى رواية الطحاوي لا قود فيه عند أبي حنيفة. وإذا قتله بعوده فلا قود فيه إجماعاً. وقيل خلافهما. ولو ضربه بسيف في غمده فخرق السيف الغمد وقتله فلا قصاص عند أبي حنيفة. وقال محمد إن كان الغمد وحده قاتلاً قتل به. **جص**[٧] أحمى تنوراً فألقى فيه إنسانا أو ألقاه في نار لا يستطيع الخروج منها فأحرقته ففيه القود. وفيه إشارة إلى أن الإحماء يكفي للقود وإن لم يكن فيه نار. **جت**[٨] وهو الصحيح. وفيه ألقاه في نار فأخرج وبه رمق فمكث مضناً منه

---

١ ق : – وأما القتل
٢ ف، ق : الميراث
٣ ط : المحيط
٤ ط : المحيط
٥ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
٦ وإن قتله بمر بفتح الميم ما يعمل في الطين. الدر المختار ٧٠١/١.
٧ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
٨ جت : جمع التفاريق للبقالي

حتّى مات قتل به.[1] وإن كان يجيء ويذهب فلا. ولو غرق بالغاً أو صبياً في البحر فمات فلا قصاص فيه عنده خلافهما. **شب**[2] غرقه بالماء. فإن كان قليلاً يرجى النجاة منه غالباً فخطأ العمد إجماعاً. وإن لم يرج نجاته غالباً فعلى الخلاف. **م**[3] عن أبي يوسف ألقاه من سفينة في بحر أو دجلة فرسب كما وقع ومات فعلى عاقلته الدية. وإن سبح ساعة ثمّ غرق فلا دية فيه.[4] وإذا ألقاه من سطح أو جبل أو في بئر ويرجى نجاته غالباً فهو خطأ العمد. وإلا فعلى الخلاف. **ص**[5] خنّق رجلاً فمات فلا قود فيه عند أبي حنيفة. لكنّه إذا اعتاده يقتله الإمام سياسة. وإن تاب قبل أن يقع في يد الإمام لا يقتل. وإن تاب بعد ما وقع في يده لا تقبل توبته كالساحر. وعندهما فيه القود إذا خنقه حتّى مات. وإن تركه ثمّ مات فإن كان خنقه مقداراً يموت الإنسان فيه غالباً ففيه القصاص. وإلاّ فلا. ولو أجرعه سماً كرهاً أو ناوله وأكرهه على شربه فلا قود فيه. والدية على عاقلته.[6] وقيل هو على الخلاف المعروف إذا كان السم مقداراً يقتل غالباً. وإن ناوله فشرب من غير إكراه فلا قصاص فيه. ولا دية علم به [٣٥٥/أ] الشارب أو لم يعلم. ولو أدخله بيتاً فمات فيه جوعاً لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة. وعندهما يجب الدية عن محمد. ولو دفنه حياً فمات يفاديه. **جش**[7] قمط رجلاً فطرحه قدام أسد أو سبع فقتله فلا قود فيه ولا دية ويعذر ويضرب ويحبس حتّى يموت.

---

[1] ... جسده. الفتاوى الهندية ٦/٥.

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] ... دية. الفتاوى الهندية ٦/٥.

[5] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[6] ... مجمع الأنهر ٤/٣١٩.

[7] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري



٢٤٧. باب في القصاص

قال: **والقصاص واجب بقتل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً.**

أما العمدية فلما بيّنّاه. وأما حقن الدم على التأبيد لينتفي شبهة الإباحة ويتحقّق المساواة. ط[1] ومن حكمه القصاص بشرط أن يكون القاتل مخاطباً حتّى لا يقتصّ من الصبي والمجنون والمعتوه ونحوهم وأن يكون المقتول معصوم الدم عصمة أبدية حتّى لا يجب القصاص بقتل المستأمن. لأنّ عصمته موفية إلى وقت الخروج من ديارنا وأن لا يكون بينهما شبهة ولادٍ. ولا شبهة ملك حتّى لا يقتل الرجل بولده وولد ولده وإن سفل ولا بمملوكه ومملوك مملوكه.

قال: **فيقتل الحرّ بالحرّ والحرّ بالعبد.**

للعمومات. وقال الشافعي لا يقتل الحرّ بالعبد لقوله تعالى ﴿ **الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد** ﴾[2] ولنقصان العبد عن الحرّ أصله أطرافهما.[3] ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة بالدين أو بالدار. وهما يستويان فيهما. دلّ عليه قوله تعالى ﴿ **إن النفس بالنفس** ﴾[4] وقوله تعالى ﴿ **ومن قتل مظلوماً** ﴾[5] الآية. وجريان القصاص بين العبدين. وأما النصّ فالتخصيص بالذكر لا يدلّ على نفي ما عداه. ولهذا يجري القصاص بين الذكر والأنثى. وأما الأطراف فملحقة بالأموال حتّى يمتنع فيها بين الذكر والأنثى.

قال: **والمسلم بالذمي.**

مقيدة. تبيين الحقائق ٦/١٠٣.

[4] المائدة ٥/٤٥

[5] الإسراء ١٧/٣٣

خلافاً للشافعي لقوله ﷺ « **لا يقتل مؤمن بكافر** »[1] ولأنّ الكفر مبيح فيورث الشبهة. ولنا ما روي أنّه ﷺ قتل مسلماً بذمي. ولأنّ المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف والدار[2] والمبيح كفر المحارب دون المسالم.

قال: **ولا يقتل المستأمن بالمستأمن.**

قياساً لا استحساناً لقيام المبيح.

قال: **ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغيرة والصحيح بالأعمى والزمن.**

للعمومات والمساواة في العصمة. لأنّ اعتبار المساواة فيما وراءها يسدّ باب القصاص ويورث التقاتل والتعاني. ط[3] م[4] قطع عنقه وبقى من الحلقوم قليل وفيه الروح فقتله آخر فلا قود فيه.[5] لأنّه ميّت حتّى لو مات ابنه بعد ذلك يرثه ولم يرث هو ابنه. ولو شقّ بطنه فخرج أمعاؤه وهي صحيحة فقتله آخر قتل به. ولو [٣٥٥/ب] بقي بطنه خالياً منها فقتله لم يقتل به. لأنّه ميّت. ولو قتله وهو في النزع قتل به.

قال: **ولا يقتل الرجل بابنه.**

لقوله ﷺ « **لا يُقادُ الوالدُ بولده** »[6] ولأنّ الأب كان سبباً لإحيائه فيستحيل أن يجعل ابنه سبباً لإفنائه. ولهذا لا يجوز قتله إذا وجده حربياً في صفّهم أو وجده زانياً محصناً. والحديث حجّة على مالك حيث يقول يقاد إذا ذبح ابنه ذبحاً.

قلت ولا يختصّ هذا الحكم بالإبن والأب حتّى يقتل الأجداد به. ومن قتل الرجال والنساء وإن علوا والأم والجدات من قبل الأمّ وإن علون الأب ويقتل الولد بالوالد وبمن ذكرنا لعدم المُسقط.

---

[1] أبو داود السنن "**جهاد**" ١٤٧؛ الترمذي السنن "**ديات**" ١٦؛ النسائي السنن الكبرى "**قسامة**" ١٠.

[2] ف : في الدار

[3] ط : المحيط

[4] م : المنتقى للحاكم الشهيد

الدارقطني السنن ١٤١/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٩٧/٤.

قلت ذكر الجدّة في من قتل الأمّ و لم يطلقها. وذكر في **ط**[1] الأجداد من الرجال والنساء والأم و لم يذكر الجدّة أصلاً فوقعت في[2] شبهة في الجدّة من قبل الأب. وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في **ك**[3] فقال لا يقتل أصول المقتول به وإن علوا خلافاً لمالك فيما إذا ذبحه ذبحاً. ودلّ على هذا الإطلاق اعتبار معنى الجزية في امتناع القود في عامّة شروحهم. وإنه يشمل الجدتين جميعا.

قال: **ولا بعبده ولا مدبّره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده**

لإنّ ملكه فيهم باق فلا يستوجب القصاص لنفسه على نفسه. **ه**[4] **تح**[5] **ط**[6]

قال: **ولا بعبده قد ملك بعضه.**

لأنّ القصاص لا يتجزأ.

قال: **ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط لحرمة الأبوة.**

قلت من صور هذه المسألة ما إذا قتل أخ أمّ ابنه أو أختها أو أباها أو أمّها أو خالها أو عمّها أو أحداً من أقربائها وهي ولية ذلك المقتول فثبت لها القصاص عليه. ثمّ ماتت فورثها ابنه فقد ورث قصاصاً على أبيه فيسقط.

قلت وكذلك لا يثبت له ابتداء حتّى لو قتل زوجته أو أمّ ابنه أو قتل أحد أبويه أو أقربائه ولا وارث للمقتول سوى ابنه أو يرث بعضه فإنه لا يقتصّ من أبيه. وقد يذكر هذا مثالاً للأصل المذكور في المتن وأنكره الأعم. لأنّ فيها ثبوت القصاص على أبيه لا وراثته. لكن مع هذا لذلك وجه. لأنّ المستحقّ للقصاص أولاً هو المقتول. ثمّ يثبت للوارث بطريق الخلافة والوراثة بدليل أن المجروح إذا قال عفوت عن الجناية أو قال عن الجرح أو القطع وما يحدث منه سقط القصاص. ولو لم يثبت له أولاً لما سقط بعفوه.

قال: **ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف.**

وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً. فإن مات وإلا يحرر رقبته. لأنّ القصاص هو المساواة. وقد [٣٥٥/أ][1] روي في الحديث « **من غرّق غرّقناه ومن حرّق حرّقناه** »[2] ولنا قوله عليه السلام « **لا قود إلا بالسيف** »[3] ولأنّ مراعاة المساواة فيها متعذّرة فلا يشرع.

---

[1] ط : المحيط

[2] ق : – في

[3] ك : الكفاية للبيهقي

[4] ه : هداية

[5] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[6] ط : المحيط

قال: **وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى فله القصاص.**

وإن ترك وفاء فكذلك عندهما. وقال محمد لا أرى فيه قصاصاً لاشتباه سبب الاستيفاء أنّه الولاء أو الرقّ. ولهما أن حقّ الاستيفاء للمولى على التقديرين بتيقن. واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة. ولا يختلف به الحكم فلا يبالي به.

قال: **وإن ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص لهم. وإن اجتمعوا مع المولى**

لاشتباه المستحقّ لاختلاف الصحابة في موته حرّا أو رقيقاً. فمن قال مات حرّا فوارثه هو المستحقّ. ومن قال مات رقيقاً فمستحقّه المولى واشتباه المستحقّ يمنع الدعوى. والحكم بخلاف المسألة الأولى لتعين المولى مستحقاً.

قال: **وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتّى يجتمع الراهن والمرتهن.**

لأن لكلّ واحدٍ منهما[٤] حقاً معلوماً. وهو ملك الرقبة للراهن وملك اليد للمرتهن بخلاف المكاتب إذا ترك وفاء وله وارث غير المولى. لأنّ صاحب الحق غير[٥] معلوم. ولأنّ استيفاء المالك هنا يتضمّن إبطال حقّ المرتهن في دينه فلا بدّ من رضاه.

قال: **ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتّى مات فعليه القصاص.**

لوجود السبب وانتفاء ما تبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه. جص[٦] ه[٧] ولو قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل تشفياً للصدر وله أن يصالح.[٨] لأنّه أنظر للمعتوه. وليس له أن يعفو. لأنّ فيه إبطال حقّ المعتوه. وكذا إذا قطع يد المعتوه عمداً لما ذكرنا. والوصي كالأب فيما ذكرنا إلا القتل أي له أن يصالح في النفس والطرف. ويقتصّ في الطرف أيضاً. وفي كتاب الصلح ليس للوصي أن يصالح. والأصحّ ما ذكرنا. ومن قُتل وله ورثة كبار وصغار فللكبار استيفاء القصاص عند أبي حنيفة كولاية الإنكاح. وقالا ليس لهم

---

١ ٣٥٥ أ و٣٥٥ ب مكرر في نسخة أ.

٢ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٨/٤٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٤٠٠.

٣ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥/٤٣٢؛ الدارقطني السنن ٣/٨٧؛ الطبراني "**المعجم الكبير**" [illegible]

٤ [illegible] والعم. تبيين الحقائق ٦/١٠٧.

٥ ق : - غير

٦ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٧ ه : هداية

٨ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

ذلك حتّى يدرك الصغار كما إذا غاب أحد الكبيرين أو أحد موليي العبد المقتـــول. ط[1] ويقتـــل البـــالغ الصحيح بالصبي والمجنون والمعتوه ولا يقتلون به ولا كفّارة عليهم. ولا يحرمون الميراث خلافاً للشافعي. ولو كان يجنّ ويفيق فقتل في حال إفاقته فكالصحيح. شب[2] ولو جنّ بعد القتل قيل إن كان هذا الجنون الحادث مطبقاً سقط القصاص. وإلاّ فلا. م[3] عن محمد قتله عمداً ثمّ عته [٣٥٥/ب] فشهد عليه الشهود بقتلـــه فإني أستحسن أن لا أقتله وأجعل الدية في ماله. وعنه قتل ثمّ جنّ القاتل لا يقتل. وكذا لو قضى عليه بالقتل ثمّ جنّ قياساً. وقال أبو يوسف يقتل إذا جنّ بعد القضاء. وفي موضع آخر قضي عليه بالقتل. ثمّ جنّ قبـــل أن يدفع إلى ولي القتيل لا يقتل استحساناً. وله قتله بعد الدفع إليه. ولو خرج رأس الجنين واستهلّ فقتلـــه فعليه الدية. ولو خرج نصفه مع الرأس والأكثر مع القدمين ففيه القود. وكذا الحكم في قطع عضـــو مـــن أعضائه. ولو قطع يده عمداً فقتل المقطوعة يده ابن القاطع ثمّ مات من قطع اليد فعل القاطع القصـــاص. وقيل سقط عنه استحساناً. ولو ضربه بالسيف عمداً فضربه المضروب أيضاً بالسيف عمداً ثمّ ماتـــا معـــاً ومتعاقبين فهذا قصاص. ولو كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما وقتله الآخر فإن لم يعلم بعفو شريكه يقتـــل قياساً لا استحساناً وإن علم بعفوه. فإن لم يعلم بحرمته وقال ظننت أنّه يحلّ لي قتله لا يقتل والدية في ماله. وإن علم بالحرمة يقتل سواء قضى القاضي بسقوط القصاص في نصيب الساكت أو لم يقض. وهذا كمن أمسك رجلاً حتّى قتله الآخر عمداً فقتل ولي القتيل الممسك فعليه القصاص قضـــى القاضـــي بســـقوط القصاص عن الممسك أو لم يقض. ولو قتل القاتل أجنبي يجب القصاص في العمد والدية على عاقلتـــه في الخطأ. ولو قال ولي القتيل بعد قتل الأجنبي "كنت أمرته" بقتله ولا بيّنة[4] لا يصدق بخلاف من حفر بئراً في دار رجل فمات فيها إنسان فقال صاحب الدار "كنت أمرته بالحفر" يصدق. ولو أمره غيره أن يقتله فقتله بسيف فلا قصاص عليه عندنا خلافاً لزفر. ولا دية عليه عند أبي يوسف وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة. ولو أمره بأن يقطع يده أو تفقأ[5] عينه ففعل فلا شيء عليه. ولو قال "اقتل عبدي أو اقطع يده" ففعل فـــلا ضمان عليه. ولو قال "اقتل أخي" والآمر وارثه قال زفر يجب القصاص وهو القياس. واستحسن أبو حنيفة أخذ الدية من ماله. وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن أمر إنساناً أن يقتل ابنه فقتله قتل به. ويحتمل أن يكون هذا جواب القياس. ولو أمره بشجّه فشجّه فلا شيء عليه. فإن مات منها كان عليـــه الديـــة. ط[6] جص[7] التقى الصفّان فقتل مسلماً ظنّ أنّه مشرك فلا قود فيه وعليه الكفّارة.[1] قـــالوا [٣٥٦/أ] هـــذا إذا

---

[1] ط : المحيط

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] ق : + له

[5] فقأ عينه بخقها وبابه قطع و فقأها تفقئة مثله و تفقأ الدمل والقرح انشق وخرج ما فيه. الجوهري الصحاح ٥١٧/١.

[6] ط : المحيط

[7] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

اختلطوا. فإن كان في صف المشركين لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال ﷺ « **من كثّر سواد قوم فهو منهم** »[٢]

قلت فمن كثّر سواد قوم صار منهم. وإن لم يتزي بزيهم و لم يتخلق بأخلاقهم فكيف حال متمغلة زماننا المتزيين بزيهم المتخلقين باخلاقهم.[٣] هـ[٤] ومن شهر على المسلمين سلاحاً فعليهم أن يقتلوه لقوله ﷺ « **من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطلّ** »[٥] أي أهدر. وفي قوله فعليهم أن يقتلوه إشارة إلى وجوب قتله لتعينه مدفعاً للضرر عن نفسه. ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في مصر أو غيره أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما مرّ. وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه فعليه الدية في ماله. وقال الشافعي لا شيء عليه. وعلى هذا الخلاف الصبي والدّابّة. وعن أبي يوسف يجب الضمان في الدابّة دون الصبي والمجنون. ومن شهر على غيره سلاحاً فضربه ثمّ قتله الآخر فعلى القاتل القصاص. هـ[٦] معناه ضربه فانصرف. لأنّه بالانصراف عاد عصمته.[٧] ولو أخرج السارق السرقة من داره فأتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله ﷺ « **قاتل دون مالك** »[٨] ولأنّه يباح قتله دفعاً في الابتداء. فكذا استرداداً في الانتهاء. هـ[٩] وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكّن من الاسترداد إلا بالقتل.

منهم. فتح القدير ٢٣/٢٣٤

٢ الزيلعي "**نصب الراية**"

"**نصب الراية**"

بالقتل. الفقه على

المذاب الأربعة ١٣٤/٥.

٨ النسائي السنن الكبرى "**تحريم الدم**" ١٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٩٤/٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٤/٢.

٩ ه : هداية



٤٧. ٣ باب في القصاص فيما دون النفس

قال: **ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قُطعت يده.**

لقوله تعالى ﴿ **واجروح قصاص** ﴾[١] وهو يبنى عن المماثلة فكلّ ما أمكن رعايتها فيه يجب القصاص. وما لا فلا. وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر. ولا معتبر بكبر اليد وصغرها. لأنّ منفعة اليد لا تختلف بذلك السبب.

قال: **وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن.**

لإمكان رعاية المماثلة. ط[٢] وكذا في الأصابع إذا قطعت من المفصل. وإلاّ فلا. ولا يقتصّ اليمنى إلا باليمنى. وكذا اليسرى. وكذا الأصابع. فالحاصل أنّه لا يوجد شيء من الأعضاء إلا بمثله من القاطع. ص[٣] قطع يداً ظفرها مسود أو بها جراحة لا توجب نقصان دية اليد يجب القصاص. ولو أوجب إيهان البطش وحكومة العدل كانت بمنزلة الشلاّء واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاّء.[٤] ط[٥] ولو قطع زائدة لا قصاص فيها. ولو قطع الكفّ من المفصل وفيها أصبع [٣٥٦/ب] زائدة. فإن كانت لا توهن البطش فعليه القصاص. وإلا فهي بمنزلة الشلاّء فلا يجب القصاص. ط[٦] المراعى في إيجاب كمال الدية فيما دون النفس فوات جنس المنفعة على الكمال أو فوات جمال على الكمال فيفوت السمع يجب كمال الدية.

---

١ المائدة ٥/٤٥

٢ ط : المحيط

٣ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

٤ بالشلاء. البحر الرائق ٨/٣٥١.

٥ ط : المحيط

٦ ط : المحيط

وطريق معرفته أن تتغافل[1] ثمّ ينادي فجأة فإن أجاب علم كذبه. م[2] قال أبو يوسف لا يعرف ذهاب السمع. والقول فيه للجاني. وإذا قطعت ففيها القصاص. وكذا إذا قطع بعضها. ولو يبست أو انخسفت فحكومة عدل. ولو قطع مارن الأنف عمداً فالقصاص. ولو قطع بعض المارن أو أرنبته فحكومة عدل. ص[3] ولو كسر أنفه فحكومة عدل. ولو ذهب[4] شمه فالدية الكاملة. وعن محمد حكومة عدل. وقيل في معرفة ذهاب الشم يوضع عنده ما له رائحة كريهة فجاءة فإن تنفر عُلم كذبُه.

٤٧. ٣. ١ فصل القصاص في العين

قال: **ومن ضرب عين رجل ففقدها فلا قصاص.**[5]

لامتناع المماثلة في القلع.

قال: **فإن كانت قائمة وذهب ضوءها فعليه القصاص. يحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة.**

وهو المأثور عن الصحابة.

قلت وهكذا ذكر في ص[6] ط[7] فإنه قال إذا فقئت العين عمداً.

قال: **فذهب نورها**

ولم يتخسف ففيها القصاص بخلاف ما لو انخسفت. وذكر الكرخي أنّه لا قصاص في العين إذا فورت أو وانخسفت.[8] وإنّما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوءها. م[1] ولو ضرب عين إنسان فابيضّت بحيث لا ينصر بها لا قصاص[2] فيه عند عامّة العلماء لتعذّر المماثلة.

---

[1] ق : تتغافله
[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[4] ق : أذهب
[5] ف : + عليه
[6] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

ففقأ

قلت وقد تكلّم المشايخ في معرفة ذهاب ضوءها. قال ابن مقاتل الرازي طريقه أن تستقبل الشمس مفتوح العين. فإن دمعت عينه فالضوء باق وإلاّ فلا. وفي **شط**[3] يلقى بين يديه حية. فإن هرب منها فالضوء باق. **ص**[4] ينظر إليها أهل البصارة. فإن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار. والقول قول الجاني مع يمينه على البتات. ولو جنى أحدهما على الجفون والآخر على الأهداب فعلى الجاني على الأهداب تمام الدية. وعلى الآخر حكومة عدل. **جش**[5] فقأ العين اليمنى واليسرى من الفاقئ ذاهبة اقتصّ منه وترك أعمى. ولو فقأ عيناً حولاً والحول لا يضرّ ببصره نقص منه. وإلا ففيه حكومة عدل. **م**[6] عن أبي يوسف لا قصاص في فقأ العين الحولاء مطلقاً.[7] ولو كان في عين الفاقئ بياض ينقصها فالمفقوءة عينه بالخيار إن شاء أخذ [٣٥٧/أ] العين الباقية. وإن شاء أخذ ديتها.

٤٧ .٣ .٢ فصل القصاص في السن

قال: **وفي السنّ القصاص.**

لقوله تعالى ﴿ **والسن بالسن** ﴾[8] ولا يعتبر الكبر والسن في الأسنان. لأنّه لا يتفاوت الفرض منها بذلك.

قلت لم يذكر أنه متى يقتصّ منه. وذكر في **ط**[9] أنّه يستأني حولاً. فإن لم تنبت يقتصّ منه. **م**[10] كسر بعض سنه ينتظر حولاً. فإذا لم يتغيّر يبرد. **ط**[11] ضرب سنه فتحركت يستأني حولاً. فإن احمرّت أو

عينا ليس بها حول كان المجني عليه بالخيار إن شاء اقتص ورضي بالنقصان وإن شاء ضمن نصف الدية في ماله كذا في فتاوى قاضي خان. الفتاوى الهندية ٩/٦.

[1] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[2] ق : + عليه

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[7] [illegible] عدل. فتاوى قاضيخان ٣/٢٦٩.

[8] المائدة ٥/٤٥

[9] ط : المحيط

[10] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[11] ط : المحيط

اخضرّت أو اسودّت تجب ديتها في ماله.[1] وفي الإصفرار اختلاف المشايخ. **بت**[2] وعن أبي يوسف إنّما[3] يستأني في سنّ الشاب دون الشيخ. **بط**[4] نزع ثنيته وليس له ثنية ثمّ نبتت فلا قصاص. وعليه أرشها. **ن**[5] اقتصّ من ثنية القالع ثمّ ثبتت ثنيته لا يقلعها ثانياً. ولو نبت ثنية المقتصّ له دون المقتصّ منه فعليه أرشها. لأنّه تبين أنّه لم يكن عليه قصاص. **ط**[6] ضرب سنه فتحرك يستأني سنة. والأصل عندنا أنّه يستأني في الجنايات كلّها عمداً كان أو خطأً. ومحمد ذكر الاستيناء في التحريك دون القلع. واختلف في القلع. قال قد يستأني الصبي دون البالغ. وقيل يستأني فيهما. ثمّ إذا استأنى في التحريك فلم تسقط فلا شيء عليه. وقال أبو يوسف تجب حكومة عدل الألم أي أجر القلاع والطبيب. وإن سقط تجب القصاص في العمد والدية في الخطأ. فإن قال الضارب "سقط لا بضربتي" فالقول للمضرور استحساناً.[7] وكل ما جعلت له أجلاً فالقول للمضروب. وإلا فللضارب عن أبي حنيفة وأبي يوسف مثله. **م**[8] ولو جرحه هل يحبس حتّى يبرأ؟ قال إن كان جرحاً تجب فيه القصاص إذا أبرأ يحبس وإلا يستوثق منه.

قال: **وفي كلّ شجة يمكن فيها المماثلة القصاص.**

لقوله تعالى ﴿ **والجروح قصاص** ﴾[9]

قال: **ولا قصاص في عظم إلا في السن.**

قال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لا قصاص في عظم إلا في السنّ ولا مخالف لهم فيه. وقال عليه السلام « **لا قصاصَ في العظمِ** »[10] وأراد به غير السنّ للنصّ. ولأنّ اعتبار المماثلة في السنّ ممكن بأن يُبرد بالمبرد دون ما

برهان الترجماني

: فللضارب. رد المحتار ٥٥٣/٦.

٨ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٩ المائدة ٤٥/٥

١٠ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٣٩٤/٥؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٤٦١/٩؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤٠٩/٤.

سواها. **ط**[1] ويؤخذ الضرس[2] بالضرس والثنية بالثنية والأعلى بالأعلى وكل سنّ بمثله. ولو كسر بعضه يبرد من سنه مقدار ما كسر. ولو قلعه. **قد**[3] يبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم وسقط ما سواه. وبه **شس**[4] **شب**[5] يقلع سنّ القالع نصّ عليه محمد في الزيادات. وأشار إليه في الجامع الصغير. ولو كسر ربع سنه والسن المكسورة مثل ربع سنّ الكاسر يبرد ربعه ولا عبرة بالكبر والصغر. **شط**[6] ولو كسر بعضه فاسودّ ما بقي[7] [٣٥٧/ب] أو احمرّ أو اصفرّ أو اخضرّ أو تعيب بوجه من الوجوه فلا قصاص والأرش في مال الجاني. قال وبهذا تبين أن ما ذكره صدر الإسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير. ولو كسر بعض سنه فاسودّ ما بقي ففيه حكومة عدل ليس بصحيح. **ط**[8] قلع سنّ صبي آخر حولاً فمات الصبي قبل تمام السنة فلا شيئ على الجاني عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف فيه حكومة عدل.[9]

قال: **وليس فيما دون النفس شبه عمد. إنّما هو عمد أو خطأ.**

لأن شبه العمد يعود إلى الآلة. والقتل يختلف باختلاف الآلة دون الأطراف. **شج**[10] **شب**[11] موجب شبه العمد فيما دون النفس في مال الجاني وإن بلغ دية كاملة.

قال: **ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحرّ والعبدين.**

خلافاً للشافعي إلا في الحرّ يقطع يد العبد. لأنّه يجعل الأطراف تابعة للأنفس. ولنا أن الأطراف كالأموال. لأنّها خلقت وقاية للنفس كالأموال فيعتبر التماثل. ولا تماثل بينهما لتفاوتهما في الأرش. ألا يرى أنّه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء. ويقتل النفس الصحيحة بالشلاء.

---

[1] ط : المحيط

[2] الضرس السن وهو مذكر ما دام له هذا الاسم لأن الأسنان كلها إناث إلا الأضراس والأنياب وربما جمع على ضروس. الجوهري الصحاح ١/٤٠٣.

[3] قد : شرح قدوري كبير

[4] شس : شرح السرخسي

[5] شب : شرح بكر خواهر زاده

[6] شط : شرح الطحاوي

[7] [illegible]

[8] [illegible]

[9] [illegible] عدل. البحر الرائق ٢١/١٧٠.

[10] شج : شرح الجلالي

[11] شب : شرح بكر خواهر زاده

قال: **ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر.**

للتساوي بينهما في الأرش.

قال: **ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه.**

لتعذّر مراعاة المماثلة.

قال: **وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار. إن شاء قطع اليد المعيبة. ولا شيء عليه[1] غيرها. وإن شاء أخذ الأرش كاملاً.**

لأن استيفاء الحقّ بكماله متعذّر فله أن يتجوّز بدون حقّه. وله أن يعدل إلى العوض كالمثلى إذا انقطع عن أيدي الناس بعد الإتلاف. هـ[2] ولو سقط[3] المؤنة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء[4] له عندنا لتعين حقّه في القصاص. وإنّما ينتقل حقّه إلى المال باختياره بخلاف ما إذا قطعت بقصاص أو سرقة حيث يجب الأرش. لأنّه أوفي به حقاً فصارت سالمة له معنىً.

قلت وعلى هذا السنّ وسائر الأطراف الّتي يجب فيها القصاص إذا كان طرف الضارّ والقاطع معيباً يتخيّر المجنيّ عليه بين أخذ المعيب والأرش كاملاً. قال برهان الدّين[5] والد الصدر الشهيد[6] هذا إذا كانت الشلاء ينتفع بها. أما إذا لم ينتفع بها لا تكون محلاً للقصاص فله دية اليد كاملة من غير خيار. وعليه الفتوى.

قال: [٣٥٨/أ] **ومن شجّ رجلاً فاستوعبت الشجّة ما بين قرنيه وهي لا يستوعب ما بين قرني الشاجّ فالمشجوج بالخيار. إن شاء اقتصّ بمقدار شجته. يبتدئ من أي الجانبين شاء. وإن شاء أخذ الأرش.**

الجواهر المضيئة

ركلي الأعلام ٥/٥١.

لأن القصاص في الشجّة تجب[1] لمكان الشين لا لفوات المنفعة. ولهذا لو برأ من غير أثر لا شيء عليه وشين الشجّة المستوعبة أكثر. وقد عجز عن استيفاء حقّه على الوجه الذي لحقه فصار كالعيب في المحلّ الذي تعلق به حقّه. فإن شاء رضى بالمعيب. وإن شاء عدل إلى الأرش على ما مرّ في الشلاء والصحيحة. وفي عكسه يخير أيضاً. لأنّه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقّه. وكذا إذا كانت الشجّة في طول الرأس. وهي تأخذ من جبهته إلى قفاء. ولا تبلغ إلى قفاء الشاجّ وفي عكسه.

قال: **ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر إذا قطع إلا أن يقطع الحشفة.**

وعن أبي يوسف إذا قطعا من أصلهما تجب لإمكان المساواة. ولنا أن كلّ واحد منهما يقبض ويبسط فيتعذر رعاية المماثلة بخلاف الأذن. هـ[2] والشفة إن استقصاها بالقطع تجب القصاص لإمكان المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها. ط[3] إذا قطع بعض اللسان فمنعه من الكلام ففيه الدية كاملة. ولو منعه من البعض دون البعض تجب بقدر الفائت. وقيل في معرفته أنّه يمتحن بالحروف الّتي عليها مدار الكلام. وهي ثمانية وعشرون فما لا يمكنه التكلّم بها منها تجب الدية بقدرها. هكذا قضى به علي رضي الله عنه. وقيل يمتحن بالحروف الّتي لا ينهيا إلا باللسان[4] دون الحلقية[5] والشفوية.[6] والأوّل أصحّ.

قلت ويمكن أن يقال يمتحن بالحروف الّتي عليها مدار كلام الجاني. لأنّ الحروف تتفاوت بتفاوت اللغات والألسنة. ط[7] وفي ذكر الخصي حكومة عدل قدر على الوطئ أو لم يقدر. وكذا في ذكر العنين. وكذا في ذكر الشيخ الكبير إذا كان لا يقدر على الوطئ وإن كان يتحرّك. ولو قطع الحشفة ثمّ قطع باقيه خطأً. فإن لم يتخلل البرء ففيهما دية[8] واحدة. وإن تخلل ففي الحشفة دية.[9] وفي الباقي حكومة عدل.

قلت وذكر مثله فيما تماثله من الأعضاء.

قال: **وإذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول على مال سقط القصاص. ووجب المال قليلاً كان أو كثيراً.**

يلزمه. تبيين الحقائق ١٢٩/٦.

٥ وهي الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء. تبيين الحقائق ١٢٩/٦.

٦ وهي الباء والميم والواو. تبيين الحقائق ١٢٩/٦.

٧ ط : المحيط

٨ ق : + كاملة

٩ ق : + كاملة

لقوله تعالى ﴿ **فمن عُفي له من أخيه شيءٌ فاتّباع بالمعروف وأداءٌ إليه بإحسان** ﴾[1] والآية نزلت على ما قيل في الصلح.

وقوله ﷺ « **من قُتِل له قتيلٌ فأهلُه بين خِيَرَتَيْن** »[2] الحديث. والمراد [٣٥٨/ب] والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيّنّاه. ولأنّه حقّ الورثة فجاز لهم إسقاطه عفواً وتعويضاً كالخُلع والعوض فيه حال إذا لم يذكروا[3] الأجل كالمهر والثمن. **جص**[4] **ه**[5] القاتل حرّ وعبد فوكل الحرّ ومولى العبد رجلاً أن يصالح عن دمهما فصالح بألف فالألف على الحرّ ومولى العبد سواء مقتضى الإضافة إليهما.

قال: **وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حقّ الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية.**

وأصله أن القصاص والدية حقّ جميع الورثة. فيلي كلّ واحد منهم التصرّف والإسقاط في نصيبه عفواً وتعويضاً خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين لانقطاع الزوجية بالموت. ولنا « **أنّه** ﷺ **أمر بتوريث امرأة أشَيَم الضبابي**[6] **من عقل زوجها أشيَم** »[7] ولأنّهما يجريان مجرى الإرث فيرثانهما كسائر الحقوق والورثة. ثمّ إذا سقط حقّ البعض في القصاص بالعفو أو الصلح سقط حقّ الباقين. لأنّه لا يتجزّئ بخلاف ما إذا قيل رجلين فعفا ولي أحدهما. لأنّ الواجب ثمة قصاصان. وإذا سقط حقّ الباقين ينقلب نصيبهم مالاً مراعاة لحقهم في العوض بقدر الممكن. وما يجب لهم من المال يجب في ماله في ثلاث سنين. وقال زفر في سنتين إذا كان بين شريكين. لأنّه نصف الدية فشابه أرش اليد. وإنه في سنتين. ولنا أنّه بعض بدل الدم. وكله مؤجّل إلى ثلاث سنين. فكذا بعضه.

قال: **وإذا قتل جماعة واحداً اقتصّ من جميعهم.**

لما روي أن عمر رضي الله عنه قتل سبعة نفر برجل واحد. وقال لو توالي عليه أهل صنعاء لقتلتهم به. ولأنّ القتل بطريق التغالب غالب. والقصاص على الكلّ مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء.[8]

---

[1] البقرة ١٧٨/٢

[2] البخاري الصحيح "**لقطة**" ٧؛ مسلم الصحيح "**حج**" ٤٤٧؛ أبو داود السنن "**ديات**" ٤؛ الترمذي السنن "**ديات**" ١٣.

[3] ف، ق : لم يذكر

[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[5] ه : هداية

[6] أشيم الضِبابي قتل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم مسلماً. ابن حجر الإصابة ٥٢/١.

[7] الزيلعي "**نصب الراية**"

[8] الأحياء. الهداية ١٦٨/٤.

قلت وإنّما يقتصّ من جميعهم إذا وجد من كلّ واحد منهم جرح يصلح لزهق الروح. فأما إذا كانوا نظارة أو مغرين أو معينين بإمساك واحد فلا قصاص عليهم.

قال: **وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم. ولا شيء لهم غير ذلك. فإن حضر واحد قتل له وسقط حقّ الباقين.**

وقال الشافعي يقتل للأول وللباقين المال وإن اجتمعوا قُتل لهم وقسمت الديات بينهم. وقيل تقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته. لأنّه وجد منه قتلات. ولا تمايل بين القتلات. والقتيل الواحد قصاصاً فيجب المال فيما وراء الواحد. ولنا أن كلّ واحد منهم قاتل بوصف [٣٥٩/أ] الكمال. لأنّ القتل جرح يتعقبه إنزهاق الروح وقد وجد بهم. وإنه لا يتجزّئ فأضيف الكلّ إلى كلّ واحد منهم فجاء التمايل كما في الفصل الأوّل.

قال: **ومن وجب عليه القصاص فمات سقط عنه القصاص.**

لأنّه فات محلّ الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني وثمة سقط الحق. كذا هنا وفيه خلاف الشافعي. لأنّ الواجب عنده أحدهما لا بعينه.

قال: **وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية.**

وقال الشافعي يقطع يداهما إذا أخذا سكّيناً وأمراه على يده حتّى انقطعت اعتباراً بالأنفس. لأنّ الأطراف تابعة لها فأخذت حكمها. ولنا أن الاختلاف في الوصف يمنع القصاص حتّى لا يقطع الصحيح بالشلاء فالاختلاف في العدد أولى كما إذا قطع كلّ واحد منهما من جانب آخر على[1] كل واحد منهما قطع بعضه والمحل متجز فلا يضاف إلى الكلّ بخلاف النفس. لأنّ إنزهاق الروح لا يتجزّئ. ولأنّ القتل بطريق الاجتماع غالب بخلاف القطع.

قال: **وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية تقتسمانه نصفين**

سواء قطعهما معاً أو على التعاقب. وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالأوّل. وفي القران يقرع. لأنّ الأوّل قد استحقّها الأوّل فلا تثبت فيها حقّ للثاني كعبد الرهن وفي القران لا يفي اليد بالحقين فيرجع إلى القرعة.[2] ولنا أنّهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين المتعاقبين في التركة

الاستحقاق فيستويان في

بخلاف الرهن. لأنّه وجد الاستيفاء من وجه فمنع استيفاء الثاني وصار كما إذا قطع العبد يميني رجلين على التعاقب تستحقّ رقبته لهما.

قال: **وإن حضر واحد منهما قطع يده فللآخر عليه نصف الدية.**

لأن الأوّل لما استوى في حقّه لم يبق محلّ الاستيفاء فيتعين للآخر نصف الدية. لأنّه أوفى به حقاً مستحقاً عليه فصارت يده كالسالمة له فتوفى بدلها.

قال: **وإذا أقرّ العبد بقتل العمد لزمه القود.**

وقال زفر لا يصحّ إقراره. لأنّه تلاقى حقّ مولاه. ولنا أنّه غير متّهم فيه. لأنّه يتضرر به فيقتل. ولأنّ العبد مبقي على أصل الحرّية في حقّ الدم عملاً بالآدمية حتّى لا يصحّ إقرار المولى عليه بالحدّ والقصاص وبطلان حقّ المولى حصل ضمناً فلا يبالي به.

قال: **ولو شهدوا عليه بقتل عمدٍ أو قذفٍ أو شربٍ أو زناً لم يقبل إلا بحضرة مولاه.**

وقال [٣٥٩/ب] أبو يوسف يقتل. وكذا لو شهدوا على إقراره بالقتل والقذف وفي الشرب والزنا لا يقبل بلا خلاف. لأنّه بالجحود رجع فصح رجوعه فيهما. ط[1] ويقام الحرّ على العبد إذا أقرّ بالزنى أو بغيره مما يوجب الحدّ. وإن كان مولاه غائباً. وكذا القطع والقصاص. وفرق أبو حنيفة ومحمد بين حجّة البيّنة وبين حجّة الإقرار. قلت والفرق بأنه يعتبر قدح مولاه في الشهود دون الإقرار.

قال: **ومن رمى رجلاً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته.**

لأن الأوّل عمد والثاني خطأ في القصد والفعل متعدّ فيتعدّد الأثر. جص[2] ولو قطع يده خطأ ثمّ قتله عمداً قبل البرأ وعلى عكسه أو قطع يده خطأً فبرأت ثمّ قتله خطأً أو قطع يده عمداً فبرأت ثمّ قتله عمداً فإنه يؤخذ الأمرين لعدم التجانس في الأولين وتخلل البرء في الأخرين حتّى لو كانا خطأين قبل البرء فدية واحدة. ولو كانا عمدين قبل البرء يتخيّر الإمام بين الجمع وبين القتل فحسب. وعندهما يقتل فحسب. ولو قطعت يده فاقتصّ له ثمّ مات يقتل إلا في رواية عن أبي يوسف.[3]

لهما. الهداية ٤/١٦٩.

[1] ط : المحيط

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] ق : + والله تعالى أعلم بالصواب



٤٨ كتاب الديات



الأصل[1] في وجوب الدية[2] قوله تعالى ﴿ **ودية مسلمة إلى أهله** ﴾[3] وقوله عليه السلام « **في النفس مائة من الإبل** »[1] وأجمعوا على أن الدية من الإبل مائة. لكن اختلف في أسباها. وإن الدية من العين ألف دينار إذا عرفنا هذا.

، عقلا. المبسوط

قال المصنّف:[2] **إذا قتل رجل رجلاً شبه عمدٍ فعلى عاقلته دية مغلّظة وعليه كفارة.**

لأن شبه العمد ملحق بالخطأ في حقّ سقوط القصاص فكان مُلحقاً به في حقّ وجوب الدية والكفّارة وغُلّظ لجهة العمدية.

قال: **ودية شبه العمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً. خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقّة وخمس وعشرون جذعة.**

وقال محمد والشافعي ثلاثون حقّة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية كلّها خَلفات في بطونها أولادها لقوله ﷺ « **ألا إن قتيلَ خطأ العمد قتيل أربعون منها في بطونها أولادُها** »[3] وتحقيقاً لتغليظها. ولهما قوله ﷺ « **في نفس المؤمن مائة من الإبل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل** »[4] وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ [٣٦٠/أ] ولو ثبت لاتفقوا عليه وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا والمروي من الصحابي كالمروي من النبي ﷺ في المقدّرات.

قال: **ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصّة.**

لورود الأثر فيه دون غيره.

قال: **فإن قضى بالدية في غير الإبل لم يتغلّظ.**

لما مرّ.

قال: **وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة والكفّارة على القاتل.**

لقوله تعالى ﴿ **ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلّمة إلى أهله** ﴾[5]

قال: **والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً. عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقّة وعشرون جذعة.**[6]

وبه[1] الشافعي. وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه. وهكذا قضى النبي ﷺ في قتيل قُتل خطأً أخماساً غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض.

---

[1] عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٣٨/٩؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧٣/٨.

[2] ق : - المصنف

[3] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤١٠/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٩٢/٤.

[4] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤١٠/٣؛ الدارقطني السنن ١٠٣/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٩٢/٤.

[5] النساء ٩٢/٤

[6] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٤٦/٥؛ الدارقطني السنن ١٧٢/٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧٥/٨.

قال: **ومن العين ألف دينار. ومن الورق عشرة آلاف درهم.**

وقال الشافعي من الورق إثني عشر ألفاً. هكذا روى ابن عبّاس ﵄ قضية النبي ﵇. ولنا ما روي ابن عمر ﵄ « **أنّ النبيّ ﵇ قضى في قتيل بعشرة آلاف** »[2] وتأويل حديث ابن عبّاس ﵄ أنّه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك.

قال: **ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة. وقالا من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كلّ حلة ثوبان.**

لأن عمر ﵁ هكذا جعل على أهل كلّ مال من جنس ذلك المال وله أن التقدير أنّما يستقيم بشيء معلوم المالية. وهذه الأشياء مجهولة المالية. ولهذا لا تقدر بها ضمان المتلفات وأروش الجنايات والتقدير بالإبل عُرف بالأثار المشهورة على خلاف القياس فلا يتعدى إلى غيرها. جش[3] جت[4] والحلة رداء وميزر لا يوجد إلا اليمانية قيمتها خمسون فصاعداً. هـ[5] ط[6] وذكر في المعاقل أنّه لو صالح على الزيادة على مائتي حلّة أو مائتي بقرة لا يجوز. وهذا آية التقدير بذلك. ثمّ قيل هو قول الكلّ فيرتفع الخلاف. وقيل هو قولهما. ص[7] يجوز هذا الصلح عند أبي حنيفة كما لو صالحه على أكثر من مائتي فرس. وهو فائدة الخلاف قتل في المسألة روايتان عنه. ولو قضى القاضي على أصحاب الإبل بمائة منها أو على أهل الحلل بمائتين ثمّ صالح بعده بعشرة آلاف درهم من ذلك وقيمتها أقلّ[8] من عشرة آلاف درهم لم يجز الفضل على قيمته. م[9] قضى القاضي على أصحاب الإبل بالإبل ثمّ صالح الولي على أكثر من عشرة آلاف درهم[10] يجوز إذا كان الغبن فيه يسيراً. وإلاّ فلا. [٣٦٠/ب] وفي نوادر ابن رستم عن محمد عن أبي حنيفة لو قضى بالغنم فكلّها ثنيان من الضأن والمعز. وقال محمد الثنيان من المعز والجذع من الضأن يجوز كما في الأضحية ولا يلتفت إلى القيمة. وقال إذا قُضي على أهل الحلل بمائتي حلة قيمة[11] كلّ حلة خمسون درهماً. وهكذا[12] في البقر. ومتى

---

[1] ق : + قال

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٦٢/٤.

[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] جت : جمع التفاريق للبقالي

[5] ه : هداية

[6] ط : المحيط

[7] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[8] ف : أكثر

[9] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[10] ق : – قضى القاضي على أصحاب الإبل بالإبل ثمّ صالح الولي على أكثر من عشرة آلاف درهم

[11] ف : قيمته

[12] ف : وكذا

قُضي على أهل نوع بنوع منها لم يكن للقاتل أن يعطي غيره إلا إذا تحول القاتل من أهل ذلك النوع إلى غيره كما إذا تحول من أصحاب الإبل إلى أصحاب الورق أو من البادية إلى المدينة والصبي كالبالغ في دية النفس.

قلت و لم يذكر أنّه هل في هذه الأنواع أصل وبدل أمّ كلّها أصل؟ وفيه اختلاف المشايخ. **قد**[1] عن البلخي الأصل هو الإبل بدلاً عن النفس عندنا والذهب والفضّة بدلها. وهو أحد قولي الشافعي. وبه كان أبو بكر الرازي ثمّ رجع. وقال الكلّ أصول وهو ظاهر مذهب أصحابنا. وإذا كان الإبل أصلاً لا يجوز للقاتل ولا للقاتلة أن تؤدي الدراهم مع القدرة على الأصل إلا برضا ولي القتيل. وعند العجز يقضى بالدراهم أو بالدنانير باعتبار قيمة الإبل. وإن زادت على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار.

قال: **ودية المرأة نصف دية الرجل. ودية المسلم والذمي سواء.**

وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثماني مائة درهم. وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف لقوله ﷺ « **عقل الكافر نصف عقل المسلم** »[2] ولنا قوله ﷺ « **دية كلّ ذي عمدٍ في عمده ألف دينار** »[3] وهكذا قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما. وما رويناه أشهر وأوفق للأحاديث العامّة وسائر الضمانات.

قال: **وفي النفس الدية. وفي المارن الدية. وفي اللسان الدية. وفي الذكر الدية.**

والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيّب أنّ النبيّ ﷺ قال « **في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية** »[4] وهكذا[5] فيما كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم رضي الله عنه. **ه**[6] **ط**[7] والأصل في الأطراف أنّه إذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الأدمي على الكمال يجب كلّ الدية لإتلافه النفس من وجه. وهو ملحق بالإتلاف من كلّ وجه تعظيماً للآدمي. وأصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلّها في اللسان والأنف. ويتفرع منه فروع كثيرة ف« **في الأنف الدية** »[8] لأنّه أزال الجمال

---

[1] قد : شرح قدوري كبير

[2] الزيلعي **"نصب الراية"** ٤/٣٦٤.

[3] الدارمي السنن **"ديات"** ١١.

[4] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥/٣٥٤؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٩/٣٣٨؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٨/٨٨.

[5] ف، ق : + هو

[6] ه : هداية

[7] ط : المحيط

[8] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥/٣٥٤؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٩/٣٣٨.

المقصودي[1] على الكمال. ﻫ[2] وكذا في المارن والأرنبة. ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية [٣٦١/أ] واحدة. وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق. ﻫ[3] ولو قطع بعضه فمنع الكلام فكذلك. وكذا إذا منع أكثر الحروف. ولو قدر على الأكثر فحكومة عدل عند البعض. وقيل يسقط من الدية بقدر ما يعجز عن أدائه على ما مرّ وكذا الذكر. لأنّه يفوت به منفعة الوطئ والإيلاد واستمساك البول ودفعه. والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة. وكذا في الحشفة الدية كاملة. لأنّها أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع لها.

قال: **وفي العقل إذا ضرب رأسه فذهب عقله الدية.**

لفوات منفعة الإدراك الّتي بها معاشه ومعاده. وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمّه أو ذوقه. لأنّ كلّ واحد منها منفعة مقصودة. وروي أن عمر ﷺ قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها[4] العقل والكلام والسمع والبصر.

قال: **وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت وفي شعر الرأس الدية.**

لفوات منفعة الجمال على الكمال.[5] وقال مالك والشافعي حكومة عدل. لأنّها زيادة في الآدمي. ولهذا يحلق شعر الرأس وبعض اللحية في بعض البلاد فصار كشعر الصدر والساق. ولنا أن فيهما جمالاً بدليل أن من عدمها خلقة يتغيّر به ويستره[6] ويعير به فتجب الدية كاملة كالأذنين الشاخصتين.[7] وأما لحية العبد. فعن أبي حنيفة أنّه يجب كمال قيمته. وفي ظاهر المذهب ضمان النقصان. لأنّه يقصد منه[8] المنفعة لا اللحية وفي الشارب حكومة عدل هو الأصحّ. وفي لحية الكوسج[9] إذا كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقها.[10] لأنّ وجودها يشينه ولا يزينه. وإن كانت على الذقن والخدين. لكنّها غير متّصلة

---

[1] ق : المقصود

[2] ه : هداية

[3] ه : هداية

[4] ق : لها

[5] ف : - على الكمال

[6]

[7] ، الشاخصتين

[8]

[9] لسان العرب ٣٥٢/٢.

[10] وفي ظاهر الرواية قال الجمال غير مقصود للمولى من عبده وإنما المقصود منفعة الاستخدام وبحلق لحيته أو قطع الأذنين الشاخصتين

فحكومة عدل وإن كانت متّصلة فالدية كاملة. لأنّ فيه معنى الجمال. وهذا إذا فسد المنبت. وإن نبتت حتّى استوت فلا شيء عليه. ويؤدب على ارتكابه ما لا يحلّ. وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنّه لا يجب في الحرّ شيء. لأنّه زاده جمالاً. وفي العبد حكومة عدل. وعندهما حكومة عدل فيهما. لأنّه شين في غير أوانه. ط[1] ويستوي فيه الرجل والمرأة والصغير والكبير. ولو نتف الحاجبين والأهداب فلم ينبت ففيها كمال الدية بخلاف الأظفار. ولا شيء في شعر الصدر والساقين والساعدين. ولو حلق جعد عبد إنسان ونبت مكانه أبيض يلزمه النقصان.[2] ولكن يقوم. وبه جعد [٣٦١/ب] ويقوّم ولا جعد به ولكن يقوم. وأصول شعره نابتة ويقوم وأصول شعره غير نابتة فيرجع بالنقصان. لأنّ إمساك الجعد في الغلام حرام. هو المروي عن أصحابنا. لأنّ إمساكه للأطماع الفاسدة. ولا عبرة للحرام في الأحكام حتّى قالوا لو نبت ولم ينبت جداً لا شيء على الحلاّق[3] حتّى قالوا لو غصب عبداً أسود اللحية فابيضّت فعليه النقصان. ولو كان أمرد فالتحى لا شيء عليه ويستوي العمد والخطأ فيما ذكرنا.

قال: **وفي العينين الدية واليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين الدية وفي الأنثيين الدية وفي ثديي المرأة الدية. وفي كلّ واحدة من هذه الأشياء نصف الدية.**

كذا رواه سعيد بن المسيّب أنّ النبيّ ﷺ قال « **وفي العينين الدية وفي الأذنين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الأنثيين الدية وفي الشفتين الدية** »[4] وكذا ذكره في كتاب لعمرو بن حزم رضي الله عنه. ثمّ[5] قال في آخره وفي أحدهما نصف الدية. هـ[6] وفي ثدي الرجال حكومة عدل. وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن. وفي إحديهما نصف الدية.

قال: **وفي أشفار العينين الدية. وفي أحدها ربع الدية.** هـ[7]

فصله أبو جعفر الهندواني رحمه الله إن كان الثابت على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلق ذلك شيء لأن وجود ذلك لا يزينه وربما يشينه. المبسوط

قيمته. الفتاوى الهندية ٧٥/٦.

٣ ق : الحالق

٤ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٢٧/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٣٧/٢.

٥ ف : - ثم

٦ ه : هداية

٧ ه : هداية

ويحتمل أن يريد به الإهداب مجازاً للمجاورة. وإنّما وجبت الدية لفوات الجمال على الكمال ولفوت منفعة دفع القذى والأذى عن العين. وإنّما وجب الربع في أحدهما. لأنّ الجمال والمنفعة حصلت بالأربع ففي الواحدة ربعها وفي الاثنين نصفها وفي الثلاثة ثلاثة أرباعها. ويحتمل أنّه أراد به المنبت والحكم فيه. هكذا ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة. لأنّ الكلّ كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة.

قال: **وفي كلّ أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عُشر الدية.**

لقوله عليه السلام « **في كلّ أصبعٍ عشرةٌ من الإبل** »[1] ولأنّها عشر أصابع اليد أو الرجلين وفيها دية واحدة.

قال: **والأصابع كلّها سواء.**

لإطلاق النصّ وللاستواء في أصل المنفعة كاليمين مع الشمال.

قال: **وفي كلّ أصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع. وما فيه مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع.**

وهو نظير انقسام الدية على الأصابع.

قال: **وفي كلّ سنّ خمس من الإبل.**

لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى رضي الله عنه « **وفي كلّ سنّ خمس من الإبل** »[2] ط[3] ص[4] [٣٦٢/ب] في كلّ سنّ خمس من الإبل أي خمسمائة درهم. ثمّ إن كانت الأسنان اثنين وثلاثين يجب ستة عشر ألف درهم. وذلك دية وثلاثة أخماس دية في السنة الأولى ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان وفي السنة الثانية ستة آلاف وستمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وفي السنة الثالثة ثلاثة آلاف درهم. كذا ذكره في م[5] في اللعب رجلان تضاربا بالوكز. يعني شت زدن فوكز[6] أحدهما صاحبه وكسر سنه فعلى الضارب القصاص. لكن بالشرائط الّتي قلنا اتّفقت عليه فتاوى أهل بخارا. والجواب في فقأ العين أو ذهاب

---

١ مالك الموطا "**عقول**" ١١.

٢ أبو داود السنن "**ديات**" ١٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٨٢/٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٨٥/٩.

٣ ط : المحيط

٤ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

٥ م : المنتقى للحاكم الشهيد

بصره كالجواب فيه. ولو ضرب سنه فاسودت ثمّ نزعها آخر فعلى الأول تمام أرشها وعلى الثاني حكومة عدل.

قال: **والأسنان والأضراس كلّها سواء.**

لإطلاق الحديث واعتباراً بسائر الأعضاء المكررة. وهذا في الخطأ وفي العمد القصاص لما مرّ.

قال: **ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة. كما لو قطعه كاليد إذا شلّت والعين إذا ذهب ضوءها**

لفوات جنس المنفعة. ه[1] ومن ضرب صلب[2] غيره فانقطع ماؤه ففيه الدية الكاملة لفوات جـــنس المنفعة. وكذا لو أحذ به لفوات الجمال على الكمال. وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليـــه لزوال أثرها.

---

[1] ه : هداية

[2] ق : + رجل



٤٨. ١ باب في الشجاج

قال: **الشجاج عشرة الحارصة**[١]

وهي الّتي تحرص الجلد أي تخدشه.

قال: **والدامعة**[٢]

هي الّتي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين.

قال: **والدامية**[٣]

وهي الّتي تسيل الدم.

قال: **والباضعة**[٤]

وهي الّتي تبضع الجلد أي تقطعه.

قال: **والمتلاحمة**[٥]

وهي الّتي تقطع اللحم.

قال: **والسمحاق**[٦]

وهي الّتي تصل إلى السمحاق. وهي جلدة رقيقه بين اللحم وعظم الرأس.

الجوهري الصحاح

لسان العرب

.٣٠٣/٢

٣ الدامية الشجة التي تدمي ولا تسيل. الجوهري الصحاح ٢١٨/١.

٤ الباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا أنه لا يسيل الدم فإن سأل فهي الدامية. الجوهري الصحاح ٧٣/١.

٥ المتلاحمة الشجة التي أخذت في اللحم و لم تبلغ السمحاق. الجوهري الصحاح ٦١٢/١.

٦ السمحاق قشرة رقيقة فوق عظم الرأس وبها سميت الشجة إذا بلغت إليها سمحاقا. الجوهري الصحاح ٣٢٦/١.

قال: **والموضحة**[1]

وهي الّتي توضع العظم أي تظهره.

قال: **والهاشمة**[2]

وهي الّتي تكسر العظم.

قال: **والمنقّلة**[3]

وهي الّتي تنقل العظم بعد الكسر.

قال: **والآمة**[4]

وهي الّتي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ. **ط**[5] شرط الطحاوي في الحارصة أن لا تدميه وفي الدامية أن تسيل الدم و لم تشترط. **شب**[6]

قلت وقدم الدامية في **ط**[7] على الدامعة. وفي المختصر والهداية قدم الدامعة عليها. ولكن هذا الاختلاف بناء على اختلاف تفسيرهما. فإنه فسر في **ه**[8] الدامعة الّتي تظهر الدم كالدمع ولا تسيله والدامية الّتي تسيل الدم. وفي **ط**[9] فسر الدامية بالتي لا تسيل الدم والدامعة[10] بالتي تسيله على [٣٦٢/ب] اختيار الطحاوي. وعلى اختيار **شب**[11] الدامعة هي الّتي تسيل الدم أكثر من الدامية. وقال إنّما سميت بالدامعة. لأنّها تدمع العين لنهاية ألمها. وفيه الباضعة هي الّتي تقطع اللحم ولا ينزع شيئاً منه والمتلاحمة هي الّتي تقطع وينزع شيئاً منه ثمّ زاد فيه الدامعة بعد الآمة. وهي الّتي تصل إلى الدماغ.

قال: **ففي الموضحة القصاص إذا كانت عمداً.**

---

[1] الموضحة الشجة التي تبدي وضح العظم. الجوهري الصحاح

تكسره. المحكم والمحيط الأعظم ١٩٤/٤.

[3] المنقلة بكسر القاف الشجة التي تنقل العظم أي تكسره حتى يخرج منها فراش العظام. الجوهري الصحاح ٦٨٨/١.

[4] آمة أيضا أي شجه آمة بالمد وهي الشجة التي تبلغ أم الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد ورقيق. الجوهري الصحاح ٢٠/١.

[5] ط : المحيط

[6] شب : شرح بكر خواهر زاده

[7] ط : المحيط

[8] ه : هداية

[9] ط : المحيط

[10] ق : + على

[11] شب : شرح بكر خواهر زاده

لما روي « **أنه ﷺ قضى بالقصاص في الموضحة** »[1] ولإمكان المماثلة.

قال: **ولا قصاص في بقية الشجاج.**

لتعذّر اعتبار المساواة فيها. **هـ**[2] **ط**[3] وهذا رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد في **ص**[4] وهو ظاهر المذهب أنّه يجب القصاص فيما قبل الموضحة لإمكان المساواة بأن يسير غورُها بالمسبار ثمّ تتّخذ حديدة بقدره فيقطع.[5]

قال: **وفيما دون الموضحة حكومة عدل.**

لأنّه ليس فيها أرش مقدّر. وهو مأثور من النخعي وعمر بن عبد العزيز.[6]

قال: **وفي الموضحة إذا كانت خطأً نصف عشر الدية. وفي الهاشمة عشر الدية. وفي المنقّلة عشر ونصف عشر الدية. وفي الآمّة ثلث الدية. وفي الجائفة ثلث الدية. فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية.**

لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أنّه ﷺ قال « **في الموضحة خمس من الإبل وفي الهاشمة عشر وفي المنقّلة خمس عشرة وفي الآمة ثلث الدية** »[7] وروي « **المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث**

---

[1] الترمذي السنن **"ديات"** ٣؛ النسائي السنن الكبرى **"قسامة"** ٤٧؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢/٢١٧.

[2] ه : هداية

[3] ط : المحيط

[4] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[5] ... قطع. المبسوط

[6] ... الخليفةالزاهد في سيرته.ورأيت في مخطوطات الفاتيكان ١٤٥٧

الزركلي الأعلام ٥/٥٠.

[7] الترمذي السنن **"ديات"** ٣؛ النسائي السنن الكبرى **"قسامة"** ٤٧؛ الدارقطني السنن ٣/٢٠١؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٩/٣٠٧؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٨/٨٢.

الدية »[1] وعن أبي بكر رضي الله عنه أنّه قضى بثلثي الدية في الجائفة نفذت إلى الجانب الآخر. هـ[2] وعن محمد قدم المتلاحمة على الباضعة. وقال هي الّتي يتلاحم فيها الدم الأسود. وما ذكرناه أولاً قول أبي يوسف. وهذا اختلاف لفظي. و لم يسمّ المصنّف الدامعة. لأنّها تقبل غالباً فلم يفرد لها حكم. هـ[3] ثمّ هذه الشجاج تختصّ بالرأس والوجه وما كان في غيرهما يسمّى جراحة. وفيها حكومة عدل. وأما اللحيان[4] فقيل ليسا من الوجه. وبه مالك حتّى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدّر لا يجب ذلك. وعندنا هما من الوجه لاتّصالهما به. ط[5] حتّى لو وجد فيهما الموضحة أو الهاشمة أو المنقّلة يجب الأرش المقدّر. هـ[6] قالوا والجائفة تختصّ بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن. ط[7] ولا تكون جائفة إلا على الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنب أي لا يجب حكمها. هـ[8] وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر. [٣٦٣/أ] فإن نقص نصف عشر قيمته يجب نصف عشر الدية. وإن كان ربع عشر فربع عشر. وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجّة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية. ط[9] ولا قصاص في جلد الرأس أو البدن إذا قطع منها شيء. وكذا في لحم الخدين والبطن والظهر. ولا قصاص في اللَطْمة والوَكْزة والوجأة وفي سلخ جلد الوجه كمال الدية.

قال: **وفي أصابع اليد نصف الدية.**

لأن في كلّ أصبع عشر الدية لما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولأنّ في قطعها تفويت جنس منفعة البطن. وهو الموجب لما مرّ.

قال: **فإن قطعها مع الكفّ ففيه نصف الدية.**

لقوله عليه السلام « **وفي إحدى اليدين نصف الدية** »[10]

قال: **فإن قطعها مع نصف الساعد ففي الكفّ نصف الدية. وفي الزيادة حكومة عدل.**

---

[1] الدارقطني السنن ٢٠١/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٠٧/٩؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٨٢/٨.

[2] ه : هداية

[3] ه : هداية

[4] اللحيان بالكسر الوشل وخدود خدها السيل. القاموس المحيط ١٧١٤/١.

[5] ط : المحيط

[6] ه : هداية

[7] ط : المحيط

[8] ه : هداية

[9] ط : المحيط

[10] النسائي السنن الكبرى "**قطع السارق**" ١٠؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٧٥/٥؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢٣٦/١٠.

وهو رواية عن أبي يوسف. وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع لها إلى المنكب وإلى الفخذ. لأنّ الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية. واليد اسم لهذه الجراحة إلى المنكب. ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً لها في حقّ التضمين.

قال: **وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل.**

لفوات المنفعة والجمال فيها. وكذلك السنّ الشاغية.[1] لكن يجب حكومة عدل تشريفاً للآدمي.

قال: **وفي غير الصبي وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحّته حكومة عدل.**

وقال الشافعي تجب دية كاملة. لأنّ الغالب صحتا كما في المارن والأذن. ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء منفعتها. وهي غير معلومة فلا تجب بالشك. والظاهر لا يصلح حجّة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة. لأنّ المقصود منهما الجمال وقد فات. هـ[2] وكذلك لو استهلّ الصبي. لأنّه ليس بكلام. ومعرفة الصحّة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدلّ به على الرؤية فيكون حكمها بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ.

قال: **ومن شجّ رجلاً موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية.**

وقال زفر لا يدخل. لأنّ كلّ واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات. ولنا أن فوات العقل يبطل منفعة جمع الأعضاء فصار كما لو أوضحها فمات وثمة يدخل فكذا هنا. وأما في شعر الرأس فلأنّ الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر. ولهذا لو ثبت يسقط أرشه والدية تجب بفوات كلّ الشعر فيدخل الجزء في الكلّ لتعلقهما بسبب واحد كما لو قطع [٣٦٣/ب] أصبعه فشلّت يده.

قال: **فإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية.**

وعن أبي يوسف يدخل في دية السمع والكلام دون البصر. لأنهما باطنان فأشبه العقل. ولنـــا أن كلاً منها جناية فيما دون النفس. ولكل منه جنس منفعة تختصّ به فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل. فإن منفعته عائدة إلى جميع البدن. جص[3] هـ[4] ولو شجّه موضحة فذهب عيناه فلا قصاص عند أبي حنيفـــة. قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما. وقالا في الموضحة القصاص. قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين. ولو قطع مفصل أصبعه الأعلى فشل ما بقى منها أو اليد كلّها فلا قصاص في شيء منها. وينبغي أن تجب الدية

---

٤ ـــ ه : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٥ : هداية

في المفصل الأعلى وفيما بقى حكومة عدل. وكذا لو كسر سنّ رجل فأسود ما بقى و لم يحــك خلافــاً. وينبغي أن تجب الدية في السنّ كلّها. ولو قال المجني عليه أقطع المفصل وأترك ما يــبس وأكســر القــدر المكسور وأترك[1] ما بقي لم يكن له ذلك. لأنّ الفعل في نفسه لم يقع موجباً للقصاص.

قال: **ولو قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص عنده.**

لتعذر المماثلة. وقالا وهو قول زفر والحسن يقتصّ من الأوّل. وفي الثانية أرشها لتعدّد محلّ الجناية.

قال: **ولو قلع سنّ رجل فثبت مكانها أخرى سقط الأرش**

عنده كالصبي. وقالا فيه الأرش كاملاً. لأن النابت نعمه حادثة. ولو قلع سنه فردها هو أو صاحبها في مكانها ونبت اللحم فعليه الأرش بكماله. لأنّها لا تعود كما كانت لو قطع أذنه ثمّ ألصقها فالتحمت. ولو اقتصّ في السنّ بعد الحول ثمّ نبت سنه فعليه للجاني خمسمائة درهم.

قال: **ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف عليه أرش الألم. وقال محمد عليه أجرة الطبيب.** ط[2] ع[3]

وثمن الأدوية وهو رواية عن أبي يوسف زجراً للسفيه وجرّاً للضرر. وإنّما أوجب أبو يوسف أرش الألم وأراد به حكومة عدل. وهو أن يقوم عبداً صحيحاً. ويقوم به هذا الألم. لأنّ الأثر وإن انجبر[4] فيمــا انجبر الألم فيجب تقويمه فيرجع بنسبة النقصان من الدية. ولأبي حنيفة أن المنافع لا يتقوّم عندنا إلا بعقد أو بشبهته. و لم يوجد في حقّ الجاني فلا يغرم شيئاً. ط[5] قال بعد أنواع الشجاج كلّها. وفي هذا كلّه إذا بــرأ و لم يبق لها أثر لم تجب شيء إلا عند محمد. فإنه [٣٦٤/أ] تجب مقدار ما أنفق إلى أن برأ. وهكــذا في شب[6] وفي نوادر بشر عن أبي يوسف في الموضحة برأت ونبت الشعر عليه الأرش كاملاً. وإن التأمت و لم تنبت الشعر فعليه الأرش إجماعاً. ع[7] شجه موضحة فبرأت ونبت الشعر لا شيء عليه قياساً. وبــه أبــو حنيفة. وقالا يستحسن أن يجب عليه حكومة عدل مثل أجرة الطبيب. وكذا كلّ جراحة برأت.

---

[1] ق : أتراك
[2] ط : المحيط
[3] ع : عيون المسائل للسمرقندي
[4] تصلح عظمه من كسر وبابه نصر و جبر العظم بنفسه أي انجبر وبابه دخل و اجتبر العظم مثل انجبر. الجوهري الصحاح ١١٩/١.
[5] ط : المحيط
[6] شب : شرح بكر خواهر زاده
[7] ع : عيون المسائل للسمرقندي

قلت فسّر حكومة العدل عند أبي يوسف بأجرة الطبيب. وهكذا[1] رأيته في غير موضع أنّه أراد بأرش الألم أجرة الطبيب وثمن الأدوية. **قد**[2] إن أجرة الطبيب قول محمد. وعند أبي يوسف حكومة فيما لحقه من الألم. ولو برأ من المنقّلة وبقى شيء وإن قلّ فعليه أرش المنقّلة.

قال: **ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتصّ منه حتّى يبرأ.**

وقال الشافعي يقتصّ في الحال كالقصاص في النفس. ولنا قوله ﷺ « **يُستأنى في الجِراحاتِ سنة** »[3] ولأنّ الجراحات تعتبر فيها ما لها. ولعلّها تسري إلى النفس فيكون قتلاً لا جرحاً. وإنّما يستقرّ أمرها بالبرء.

قال: **ومن قطع يد رجل خطأ ثمّ قتله قبل البرء خطأً فعليه الدية وسقط أرش اليد.**

لأنّ اليد جزء من النفس فيدخل الجزء في الجملة لاتّحاد الجنايتين في الخطأ واتّحاد موجبهما. **شق**[4] بخلاف ما إذا قطع يده خطأً ثمّ قتله عمداً لاختلاف الجنايتين[5] وموجبهما.

قال: **وكلّ عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل.**

لقوله ﷺ « **لا تعقل العاقلة عمداً** »[6] وروي العوأقل الحديث. وهذا إذا سقط القصاص بشبهة يدعيها القاتل. أما إذا تعذر القصاص بشبهة يدعيها الولي فلا يجب شيء كما إذا عفا أحد الأولياء. كذا ذكر في شرح الزيادات البرهانية والصدرية.

قال: **وكلّ أرشٍ وجب بالصلح فهو في مال القاتل.**

لما مرّ من الحديث غير أنّ الأوّل يجب في ماله في ثلاث سنين. لأنّه وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد. والثاني وجب بالعقد فأشبه ثمن المبيع.

قال: **وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين.**

وقال الشافعي يجب حالة كبدل الصحل وضمان المتلفات. ولنا أنّها وجبت بالقتل فأشبه الخطأ وشبه العمد. لأنّ تقويم الآدمي على منافاة الدليل والنصّ ورد في المؤجّل فلا يتعداه. **ط**[1] ولو ضرب ابنه

---

[1] ق : وكذا

[2] قد : شرح قدوري كبير

[3] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٦٧/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٣٦/٤.

[4] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[5] ق : الجناية

[6] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٠٥/٥؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٤١٠/٩؛ الدارقطني السنن ١٧٨/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٦٩/٤.

الصغير تأديباً فعطب إن ضرب حيث [٣٦٤/ب] لا يضرب للتأديب أو فوق ما يضرب للتأديب فعليه الدية والكفّارة. وإذا ضربه حيث يضرب للتأديب مثل ما يضرب فكذلك عند أبي حنيفة. وقالا لا شيء عليه. وقيل رجع إلى قولهما. وعلى هذا التفصيل والخلاف الوصي والولي إذا ضرب اليتيم أو زوجته تأديباً. وكذا المعلّم إذا ضرب الصبي بإذن الأب أو الوصي بتعليم القرآن أو عمل آخر مثل ما يضرب فيه لا يضمن هو ولا الأب ولا الوصي بالإجماع. فأبو حنيفة أوجب الدية والكفّارة على الأب ويوجبه على المعلّم إذا كان بإذنه. وقيل هذا رجوع عن أبي حنيفة إلى قولهما في حقّ الأب. م[2] ولو ضربه المعلّم بدون إذنه فمات يضمن والوالدة إذا ضربت ولدها الصغير تأديباً لا شكّ أنّها تضمن على قول أبي حنيفة. وعلى قولهما اختلاف المشايخ.

قال: **وكلّ جناية اعترف بها الجاني فهو في ماله ولا يصدق على عاقلته.**

لما مرّ من الحديث. ولأنّ إقرار الإنسان لا يتعدّاه لقصور ولايته عن غيره. ولا يظهر في حقّ العاقلة إلا بتصديقهم إيّاه فيه.

قال: **وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة.** هـ[3]

وكذا كلّ جناية موجبها خمسمائة فصاعداً. والمعتوه كالمجنون. وقال الشافعي عمده عمد حتّى تجب الدية في ماله. ويحرم عنده عن الميراث ولزمه الكفّارة. لأنّه عامد حقيقة بالقصد. لكنّه لم يجب القصاص لقصور عقله فيثبت سائر أحكامه. ولنا حديث علي رضي الله عنه أنّه جعل عقل المجنون على عاقلته. وقال عمده وخطأه سواء. ولأنّ العمدية قاصرة لعدم العقل أو قصوره والكفّارة والحرمان عن الميراث تعلّقا بالذنب ولا ذنب لهما. ط[4]ع[5] جش[6]

عشرة في[7] الإنسان يجب بكلّ واحد منها كمال الدية العقل وشعر الرأس يحلق أو ينتف فلم ينبت والأنف واللسان واللحية والصلب إذا كسر أو انقطع. وإذا سلس بوله وفي الدبر إذا طعنه فلا يمسك الطعام والذكر وعشرة أخرى يجب في كلّ اثنين منها الدية الحاجبان والعينان والأذنان الشاخصتان وسمعهما والشفتان واللحيان واليدان والرجلان والأنثيان والإليتان. قال الناطفي وإنّما يجب الدية في الإليتين إذا

---

[1] ط : المحيط
[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[3] ه : هداية
[4] ط : المحيط
[5] ع : عيون المسائل للسمرقندي
[6] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[7] ق : من

استأصلهما بحيث لم يبق على عظم الورك شيء وإلا فحكومة عدل. وكذا لو قطع فرج المرأة من الجانبين حتّى وصل إلى العظم وفي أحدهما نصف الدية.

قال: **ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته.** [٣٦٥/أ] **وإن تلفت فيه بهيمة فضمانها في ماله.**

لأنّه مسبّب متعدّ فيضمن ما تولد منه إلا أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله. هـ[١] وإلقاء التراب واتّخاذ الطين وإلقاء الخشب بمنزلة وضع الحجر لما ذكرنا بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن. لأنّه ليس بمتعد. لأنّه قصد به دفع الأذى عن الطريق حتّى لو جمع الكناسة فيها وتلف بها إنسان كان ضامناً لتعدّيه بشغله. ولو وضع فيها حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه. لأنّ حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله. **جص**[٢] حفر بالوعة في الطريق[٣] فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره لم يضمن. لأنّه غير متعدّ حيث فعله بأمر من له الولاية في حقوق العامة. وإن فعله بغير أمره ضمن. لأنّه متعدّ بالتصرّف في حقّ الغير أو بالافتيات على رأي الإمام.[٤] لأنّه مباح مقيّد بشرط السلامة. وعلى هذا التفصيل جميع ما فعل في طريق[٥] العامة. وإن حفره في ملكه لم يضمن. لأنّه غير متعدّ. وكذا إذا حفره في فناء داره. قيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حقّ الحفر فيه. أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة يضمن. لأنّه مسبّب متعدّ. ولو حفر في الطريق فمات الواقع فيه جوعاً أو غماءً لم يضمن الحافر عند أبي حنيفة. لأنّه مات من غير الوقوع. وعند أبي يوسف إن مات جوعاً فكذلك. وإن مات غماءً يضمن. لأنّه لا سبب للغم سوى الوقوع بخلاف الجوع. وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلّها. لأنّ حفره أفضى إليها. وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فالضمان على المستأجر إذا لم يعلموا أنّها في غير فنائه. إذ الظاهر صحّة الإجارة

---

[١] ه : هداية

[٢] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[٣] ... فيه. تبيين الحقائق

[٤] ... الوقوع. الفقه على المذاهب الأربعة ١٣٤/٥.

[٥] ق : - طريق

وهما مسبّبان. لكن الأجير غير متعدّ. والمستأجر متعدّ بخلاف ما إذا أمره بذبح هذه الشاة فذبحها ثمّ ظهر أنّها لغيره حيث يضمن المأمور. لأنّه مباشر. ويرجع على الآمر. لأنّه مغرور وإن علموا بذلك فالضمان على الآجر. لأنّه لم يصحّ أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فيه فيضاف إليهم. ولو قال لهم "هذا فنائي وليس لي فيه حقّ الحفر" فالضمان على الآجر قياساً لعلمهم بفساد الآمر. وفي الاستحسان على المستأجر. لأنّ إضافة الفناء إليه تدل على الملك له.[1] وكذا انطلاق يده في التصرّف من إلقاء التطين والحطب وربط الدوابّ فنقل فعلهم[2] إليه. **جت**[3] ولو حفر في مفازة ونحوها من الطريق في غير الأمصار أو ضرب فسطاطاً[4] أو نصب [٣٦٥/ب] تنوراً أو ربط دابّة لم يضمن منية الفقهاء. **فف**[5] **ط**[6] احتفر بئراً في طريق مكّة أو غيره من الفيافي[7] غير ممر الناس فوقع فيها إنسان لم يضمن. **ص**[8] احتفر في طريق مكّة أو غيره من الفيافي لم يضمن بخلاف الأمصار. و لم يذكر في غير ممر الناس.

قلت وبهذا عرف أن المراد بالطريق في الكتب الطرق في الأمصار دون المفاوز والصحاري.[9] لأنّه لا يمكن العدول عنه في الأمصار غالباً دون الصحاري. **ه**[10] ولو بنى قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الباني. وكذا إذا وضع خشبة على الطريق فتعمد رجل المرور عليها. لأنّ الإضافة إلى المباشرة أولى من التسبيب.

قلت وبهذا تبيّن أن المسبّب إنّما يضمن في حفر البئر ووضع الحجر إذا لم يتعمّد الواقع المرور. **ه**[11] ولو حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب أو سقط منه فعثر به إنسان فعطب فهو ضامن. وإن لبس رداءً فسقط منه فعطب به إنسان[12] لم يضمن. لأنّ الحامل قاصد للحفظ فلا يخرج في التقييد بوصف

---

[1] ق : – له
[2] ق : فعله
[3] جت : جمع التفاريق للبقالي
[4] [illegible]
الجوهري الصحاح ١/٢١٧.
[5] فف : فتاوى فضلي
[6] ط : المحيط
[7] ق : + في
[8] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[9] الصحراء البرية وهي غير مصروفة وبعض العرب يقول الصحاري بكسر الراء وهذه صحار كما تقول جوار و أصحر الرجل خرج إلى الصحراء. الجوهري الصحاح ١/٣٧٥.
[10] ه : هداية
[11] ه : هداية
[12] ف : – إنسان

السلامة بخلاف اللابس. وعن محمد إذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل. شق[1] ولو قعد في الطريق لتسريح أو لمرض أضعفه فعثر بإنسان فعطب ضمن. ولو كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلاً أو جعل فيه بواريَ أو حصاة أو حفر بئراً أو وضع خشباً فعطب به إنسان لم يضمن كالوصي فعل ذلك في دار اليتيم أو ولي الوقف. وإن فعل ذلك من غير العشيرة ضمن عند أبي حنيفة. وقالا لا يضمن في الوجهين. ولو جلس رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة. وإن كان في غير الصلاة ضمن. وقالا لا يضمن على كلّ حال. ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو مرّ فيه مارًّا أوقعد فيه لحديث[2] فهو على الخلاف.[3] وأما المعتكف فقد قيل على الخلاف. وقيل لا يضمن بالاتّفاق. ولو جلس من غير العشيرة رجل في الصلاة فتعقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن.

قال: **وإن أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً فسقط على إنسان فعطب فالدية على العاقلة.**

لما بيّنّا. وكذا لو صبّ فيه ماء فزلق به إنسان فعطب.

قال: **ولا كفّارة على حافر البئر أو واضع الحجر.**

خلافاً للشافعي. لأنّه مقتول فأشبه الخطأ. ولنا أنّه ليس بقاتل في الحقيقة فلا يلزمه الكفّارة. وقوله مقتول. قلنا لا نسلم بل هو هالك وميت وتالف.

قال: **ولو حفر [٣٦٦/أ] بئراً في ملكه فعطب بها إنسان لم يضمن.**

لعدم التعدّي.

قال: **والراكب ضامن لما أوطأت الدابّة وما أصابت بيدها أو كدمت.** ه[4]

أو رجلها أو رأسها أو خبطت.

قال: **ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها.**

والأصل فيه أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيّد بشرط السلامة. لأنّه ينصرف في حقّه من وجه وفي حقّ غيره من وجه لكونه مشتركاً بين العامّة. فقلنا بالإباحة مقيداً بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين. ثمّ إنّما تقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه. ولا يتقيّد به فيما لا يمكن الاحتراز عنه

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

بالاتفاق. فتح القدير ٦/٢٣.

[4] ه : هداية

لما فيه من سدّ باب التصرّف والحرج العظيم والاحتراز عن الإيطاء وما يضاهيه ممكن فقيدناه بشرط السلامة والاحتراز عن النفخة بالرجل والذنب غير ممكن مع السير على الدابّة فلم نقيّده به.[1] وإن أوقفها في الطريق ضمن النفخة أيضاً. لأنّه متعدّ في الإيقاف. جص[2] هـ[3] ولو أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثار غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن لتعذّر الاحتراز عنه. والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب.[4] ط[5] وقيل لو عنّف على الدابّة يضمن ذلك كله.

قال: **فإن راثت أو بالت في الطريق فعطب به إنسان لم يضمن.**

لأنّه من ضرورة السير. وكذا إذا أوقفها لذلك. لأنّ من الدوابّ ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف. هـ[6] وإن أوقفها لغيره فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن. لأنّه متعدّ في الإيقاف. لأنّه ليس من ضرورة السير.

قال: **والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها. والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها.**

والمراد النفخة. هكذا ذكره القدوري في مختصره. وبه بعض المشايخ. لأنّ النفخة بمرأى عين السائق فيجب حفظها عنها وغائب عن بصر القائد فلا يمكن التحرّز عنه. وقال أكثر المشايخ السائق لا يضمن النفخة أيضاً. لأنّه لا يمكنه منعها عنها وإن كان بمرأى منه. وهو الأصحّ. وقال الشافعي يضمنون النفخة لإضافة فعلها إليه. ولنا قوله ﷺ « **الرِّجْلُ جُبارٌ** »[7] أي النفخة بالرجل. كص[8] ولم يذكر في الأصل قوله دون رجلها. لأنّ الحكم في الرجل كالحكم في اليد. وهكذا وقع في بعض النسخ. جص[9] وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد إلا أن على الراكب الكفّارة فيما أوطأته الدابّة. ويحرم على الميراث والوصيّة. لأنّه مباشر للقتل دون ما سواه. ولا كفّارة عليهما. لأنهما مسبّبان ولا يحرمان أيضاً ولو كان [٣٦٦/ب] راكب وسائق. قيل لا يضمن السائق ما وطئته الدابّة. لأنّ الراكب مباشر. والإضافة إلى المباشر أولى. وقيل الضمان عليهما.

---

[1] [illegible]

: الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] ه : هداية

[4] ق : – والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب

[5] ط : المحيط

[6] ه : هداية

[7] أبو داود السنن "**ديات**" ٢٧؛ الدارقطني السنن ١٥٢/٣؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٠٠/٤؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٤٢٣/٩.

[8] كص : ركن الأئمة الصباغي

[9] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

قال: **ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما أوطأ.**

لأن سيره مضاف إليه.

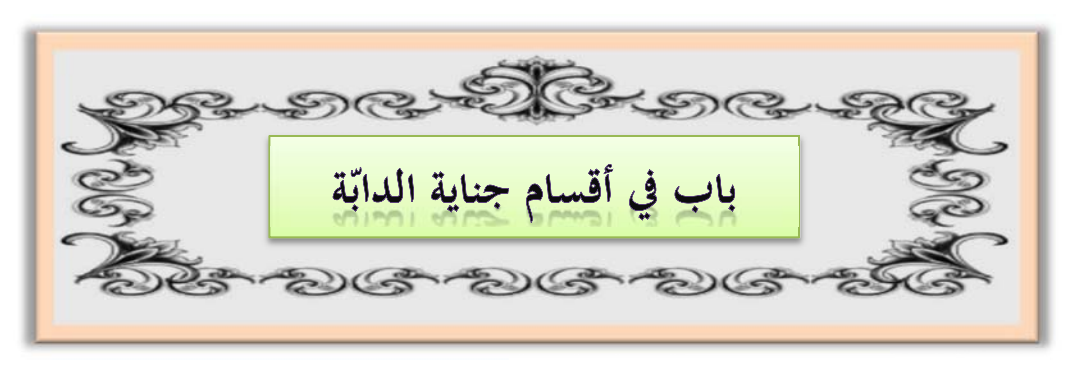
قال: **فإن كان معه سائق فالضمان عليهما.**

لأنّ على كلّ واحد منهما حفظه وقد أمكنه ذلك. لأنّ قائد الواحد قائد الكلّ. وكـذا سـائقه لاتّصال لازمه. ه[1] وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل. أما إذا توسّطها يضمن ما عطب مما هو خلقه ويضمنان ما تلف بما بين يديه. ولو ربط رجل بعيراً بالقطاع والقائد. لأنّه يعلم فوطئ المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية. لأنّه يمكنه حفظ قطاره عن ربط غيره ثمّ يرجعون بها على عاقلة الـرابط. لأنّـه أوقعهم في هذه العهدة. وإنّما لا تجب الضمان عليهما في الإبداء مع أن كلّ واحد منـهما مسـبّب. لأنّ الربط من القائدة بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتّصال النطق بالقود دون الربط. وإنّما ترجعـون إذا ربطـه والقطار يسير. وأما إذا ربط والإبل قيام ثمّ قادها يضمن القائد ولا يرجع بما لحقه من الضمان عليه. ط[2]

---

[1] ه : هداية

[2] ط : المحيط



٤٨. ٢ باب في أقسام جناية الدابّة

جناية الدابّة على ثلاثة أوجه في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين. فإن كان في ملك صاحبها و لم يكن صاحبها معها لا يضمن واقفة كانت أو سائرة وطئت أو نفخت أو كدمت. وإن كان معها قائداً أو سائقاً فكذلك في الوجوه كلّها. وإن كان راكباً يضمن بالوطئ دون غيرها. وأما إذا كانت في ملك الغير فإن دخلت فيه بغير إدخال صاحبها بأن كانت منفلته لم يضمن. وإن دخلت بإدخاله يضمن في الوجوه كلها. وأما إذا كانت في طريق المسلمين. فإن كانت واقفة بإيقافه يضمن في الوجوه كلّها. وإن كانت سائرة و لم يكن صاحبها معها وهي تسير بإرساله ضمن ما دامت تسير في وجهها لم تسير يميناً وشمالاً. وإن سارت لا بتسيره كالمنفلتة لم يضمن في الوجوه كلّها.[1] وإن سيرها صاحبها فإن كان راكباً يضمن ما وطئت أو كدمت دون ما نفخت بيدها أو رجلها. وكذا القائد. وأما السائق فيضمن ما ضمنه القائد. وقال القدوري وبه مشايخ العراق يضمن النفخة أيضاً. وقيل لا يضمن. وبه مشايخنا. وذكر محمد في الأصل ما يدلّ على القولين. فيتأمّل عند الفتوى قد أوقف دابّته على باب المسجد الأعظم أو غيره فنفخت إنساناً ضمن إلا إذا عين الإمام موقفاً عند بابه لإيقاف الدوابّ فلا ضمان عليه فيما حدث منها. وكذا لو أوقفها في سوق الدوابّ لا يضمن وعلى هذا السفينة المربوطة في الشط.[2] ولو أوقفها على باب السلطان قال محمد يضمن ما أصابته. ولو أوقفها في أرض أو دار مشتركة [٣٦٧/أ] يضمن النصف قياساً كما في الحفر والبناء فيها. ولا يضمن شيئاً استحساناً. وقيل إذا أوقفها في موضع لا يوقف فيه الدوابّ يضمن قياساً واستحساناً. ولو أوقعها و لم يربطها فسارت عن ذلك المكان وأتلف شيئاً لم يضمن.

كالمنفلتة لأن

البئر. المبسوط

الحاوي. الفتاوى الهندية ٥١/٦.

وكذا إذا ربطها فانحلت وزالت عن مكانها. وإلا يضمن. ولو ضربها الراكب في الطريق أو كبحها[١] فضربت برجلها أو ذنبها لم يضمن. ولو نخسها أو ضربها برجل بغير إذن الراكب فنفخت في فورها أو وثبت يضمن الناخس. وإلاّ فلا. ولو نفخت الناخس فدمه هدر. ولو ألقت صاحبها فقتلته أو رجلاً آخر فالضمان على الناخس. ولو نخسها بإذن الراكب وهي تسير لا يضمن أحد ما نفخت. وما وطئته فالضمان عليهما نصفين إذا وطئته في فور النخس. ولا يرجع الناخس على الراكب بخلاف المولى العبد المحجور إذا نخسها بإذن الراكب. فإنه يرجع عليه بما يضمن دون المأذون. ولو كان الناخس عبداً فضمانه في رقبته بدفعه مولاه أو نفديه محجوراً كان أو مأذوناً والصبي الحرّ والبالغ فيه سواء. والجواب في الأمر بالسوق والقود كالجواب في الأمر بالنخس. ولو كان الآمر والمأمور عبدين فالضمان عليهما مأذونين كانا أو محجورين أو إحديهما محجوراً والآخر مأذوناً. ولا يرجع مولى العبد المأمور المأذون على الآمر ومولاه بشيء. م[٢] أوقف دابّته في الطريق ونخسها غيره بأمره فقتلت رجلاً وطرح اللآمر فقتلته فدية الأجنبي عليهما. ودية الآمر هدر. ولو سارت ثمّ قتلت في فور النخس فالدية على الناخس دون الراكب. ولو لم يسر فنفخت الناخس وأجنبياً فقتلتهما فدية الأجنبي عليهما ونصف دية الناخس على الراكب. ولو وقفت هي بنفسها فنخسها هو أو غيره فنفخته رجلاً فقتلته فلا شيء عليهما. ولو ركبها صبي بأمر أبيه فالجواب فيه كالجواب في الكبير. ولو ركبها بغير إذنه فالضمان على الناخس دون الراكب. لأنّ أمره باطل. م[٣] ولو عثرت بحجر وضعه رجل في الطريق أو بدكان بناه آخر أو بماء صبه فأتلفت إنساناً فالضمان على من وضع وبنى وصبّ دون الراكب. م[٤] تح[٥] أصابت العجلة صبياً فكسرت رجله وصاحبها راكب وقال كنت نائماً يضمن. ولو وضع البياع خابيته في الشارع من السقراط ونحوه ورجع الفاواذق بالعجلة إلى السكّة فانكسرت[٦] وكانت في غير جانبه فما رآها يضمن. قخ[٧] ولو وضع خابية على باب دكّانه فجاء رجل بوقر حمار شوك فصادمها بغته[٨] وكان يقول إليك إليك فكسرها يضمن. ط[٩] يعذر و لم يضمن إذا لم يعلم ذلك. وإلا فيضمن. ن[١٠] قصار أقام

---

١ كبح الدابة جذبها إليه باللجام لكي تقف ولا تجري وبابه قطع. الجوهري الصحاح ٥٨٦/١.

٢ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٣ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٤ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٥ تح : تحفة الفقهاء للسمر

٦ [illegible] ا جرة. مجمع الضمانات ٣٥١/١.

٧ قخ : قاضي خان

٨ [illegible]

: المحيط

حماراً على الطريق عليه ثياب فصدمه راكب فمزقها يضمن إن كان مصر الحمار والثياب. [٣٦٧/ب] وإلاّ فلا. قال أستاذنا فخر الأئمّة البديع إلا أن ما أفتي به. تح[2] قخ[3] من الضمان مطلقاً حسن. لأنّه حكى في ط[4] بعد هذا عن أبي الليث عن أصحابنا خلاف ما ذكر ههنا. ثمّ قال ولكن لو أفتي بما ذكرنا مفتي فلا بأس يعني بالتفصيل. شم[5] جاء رجل بأحمرة إلى قنطرة ليعبر بها وجاء صبي من جانب آخر مع العجلة فقال له راعي الحمر أمسك العجلة حتّى تمر الأحمرة فلم يمكنه أمسكها فمضت ووقع حمار إلى النهر وتلف لم يضمن الصبي. وكذا راعي الحمر إذا لم يمكنه إمساكها. وإلا يضمن. ط[6] ولو أوقف دابّته فيها فجاء رجل آخر وركبها فنفخت إنساناً وقتلته فالضمان عليهما. وكذا لو أوقفها ثمّ أمر غيره بالنخس فنخسها فقتلت. ولو أذن غيره أن يدخل داره وهو راكب فوطئت شيئاً فأتلفته يضمن. ولو كان سائقاً أو قائداً لا يضمن. لأنّه مسبّب. والأوّل مباشر. ولو أدخل بعيراً مغتلماً في دار رجل فيها بعير بغير أذنه فقتله لم يضمن. وقيل يضمن. وإن أدخله بإذن لم يضمن بالاتّفاق. وبه يفتي. ولو ربط حماره في موضع ثمّ ربط آخر حماره فيه أيضاً فعضّ أحدهما الآخر فهي مع تفاصيلها في عطبت. ط[7] ه[8] أرسل بهيمة وكان لها سائقاً فأصابت في فورها ضمن. ولو أرسل طيراً وساقه فأصاب في فوره لم يضمن. وكذا الكلب إذا لم يكن له سائقاً. وعن أبي يوسف يضمن في كلّه احتياطاً لأموال الناس. أرسل دابّة في طريق المسلمين يضمن ما أصابت في فورها ما دامت تسير على سننها. ولو انعطفت يمينة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق أخر سواه. وكذا إذا وقفت ثمّ سارت. ولو أرسل كلباً إلى صيد فأصاب إنساناً لم يضمن. وفي الإرسال في الطريق يضمنه. ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن. وإن مالت يمنة أو يسرة وله طريق آخر لم يضمن. ولو انقلبت فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لم يضمن. قال عليه السلام « **جرح العجماء جبار** »[9] وفي عين الشاة للقصاب ضمان النقصان. وفي عين بقرة الجزار وجزوره وعبر الحمار والبغل والفرس ربع القيمة بقضاء النبي عليه السلام وعمر رضي الله عنه به.[10]

---

[1] ن : النوازل

[2] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[3] قخ : قاضي خان

[4] ط : المحيط

[5] شم : شرف مكي

[6] ط : المحيط

[7] ط : المحيط

[8] ه : هداية

[9] البخاري الصحيح "زكاة" ٦٦؛ مسلم الصحيح "حدود" ٤٥؛ أبو داود السنن "ديات" ٣٠؛ الترمذي السنن

[10] [illegible]



٤٨. ٣ باب في جناية العبد

قال: **وإذا جنى العبد جناية خطأً قيل لمولاه "إما أن تدفعه بها أو تفديه."**

وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش. ويظهر فائدته في إتباع الجاني بعد العتق. والمسألة مختلفة بين الصحابة له أن الأصل أن يجب موجب الجناية على الجاني على المال. ولنا أن الأصل في الخطأ وجوب الدية على العاقلة. لأنّه معذور كالحرّ. ولا عاقلة للعبد سوى مولاه. لأنّه ناصرة بخلاف المال [٣٦٨/أ] ولأنّه لا يعقله العواقل. لكنّه يتخيّر بين الدفع والفداء[1] تخفيفاً لوجوبه. والصحيح أن الواجب الأصلي هو الدفع. ولهذا يسقط بموت العبد لفوات محلّه والفداء كالقيمة في الزكاة.

قال: **فإن دفعه ملكه ولي الجناية. وإن فداه فداه بأرشها.**

وكلّ ذلك يلزمه حالاً. أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل. وأما الفداء فلأنّه بدل عن العبد فيأخذ حكمه فيجب حالاً كالمبدل. ولا خيار لولي الجناية. لأنّه متى خلى المولى بين الجاني وبينه سقط حقّه. لأنّه وصل إليه. وأما الفداء فلا حقّ له فيه. فإن لم يختر شيئاً حتّى مات العبد سقط حقّه لما مرّ. وإن مات بعد اختيار الفداء لا يسقط التحول حقّه إلى ذمة المولى.

قال: **فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الأولى.**

معناه بعد الفداء. لأنّه لما ظهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن.

٤٨. ٣. ١ فصل في العبد جنى جنايتين

قال: **وإن جنى جنايتين قيل للمولى "إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقسمانه على قدر حقّهما وإما أن تفديه بأرش كلّ واحدة منهما."**

إحداها. الهداية ٢٠٢/٤.

[1] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٨٤/٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٥٢/٤ بلفظ "يخير المولى في خطأ عبده بين الدفع والفداء"

لأن تعلّق الأولى برقبته لا يمنع تعلّق الثانية بها كالديون المتلاحقة. ولأنّ ملك المولى لا يمنع تعلّق الجناية فلان لا يمنع الأولى الثانية أولى. وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد على قدر حصصهم. وإن فداه فداه بجميع أروشهم. ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقسم بينهما أثلاثاً. وعلى هذا حكم الشجّات. وللمولى أن يفدى من بعضهم. ويدفع حصّته إلى الآخر. لأنّها جنايات مختلفة لاختلاف أسبابها بخلاف ما إذا فدى من أحد ورثة المقتول دون الباقين لاتّحاد الجناية.

قال: **فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقلّ من قيمته ومن أرشها. وإن باعه أو أعتقه بعد العلم بالجناية ضمن الأرش.**

لأن في الأوّل فوت حقّه فيضمنه وحقّه في أقلّهما ولا يصير مختاراً للفداء. لأنّه لا اختيار بدون العلم. وفي الثاني صار مختاراً. لأنّ الإعتاق يمنعه من الدفع والإقدام على منع أحدهما اختيار للآخر. ه[1] وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد. لأنّه يمنع الدفع لزوال ملكه بخلاف الإقرار على رواية الأصل. لأنّ المقرّ له يخاطب بالدفع أو الفداء. لأنّه ليس فيه نقل الملك لاحتمال صدقه. وألحقه الكرخي بالبيع لزوال ملكه ظاهراً. وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها. وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري خيار البائع. ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً [٣٦٨/ب] حتّى يسلمه. ولو كاتبه كتابة فاسدة صار مختاراً. لأنّ موجبها يثبت قبل قبض البدل. ولو باعه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه. لأنّ المستحقّ أخذه بغير عوض. وذلك في الهبة دون البيع وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى. لأنّ فعل المأمور مضاف إلى الآمر. ولو ضربه بعد العلم فنقصه فهو مختار. لأنّه حبس جزءاً منه وطئ البكر دون الثيب إلا إذا أعلقها وبخلاف التزويج. لأنّه عيب حكمي وبخلاف الاستخدام. لأنّه لا يختصّ بالملك. ولهذا لا يسقط به الخيار. ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر. وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه ديون. لأنّ الإذن والدين لا يمنع الدفع. ولو قال لعبده إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء خلافاً لزفر.

٤٨. ٤ باب في الغرّة

قال: **وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرّة قيمته نصف عشر الدية.**

يعني دية الرجل. وهي عشر دية المرأة. وهي خمسمائة درهم. والقياس أن لا تجب شيء. وبه زفر. لأنّه لم يتيقّن بحياته. والظاهر يصلح حجّة للدفع لا للاستحقاق. ولنا قوله ﷺ « **في الجنين غرّة عبـــداً**

---

[1] ه : هداية

وأَمَةٌ قِيمتُه خمسُمائةٍ »[1] وروى أو خمسمائة. وقال مالك والشافعي ستّمائة درهم والحجّة عليهما ما رويناه.

هـ[2] والغرّة تجب على العاقلة. ل« **أنّه ﷺ قضى بالغرّة على العاقلة »**[3] وقال مالك في ماله. لأنّه بدل الجزء. لكنّا نقول هي بدل النفس. لأنّه ﷺ سماه[4] دية فقال دوه ثمّ لما وجبت على العاقلة.[5] يجب ذلك في سنة. وقال الشافعي في ثلاث سنين. لأنّه بدل النفس. ولنا ما روي محمد بن الحسن بإسناده إلى النبي ﷺ « **أنّه قضى بالغرّة على العاقلة في سنة »**[6] ولأنّه يدلّ عضو الأمّ من وجه. وبدل العضو إذا كان ثلث الدية فما دونه يجب في سنة. ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق النص.

قال: **فإن ألقته حياً ثمّ مات فعليه دية كاملة.**

لأنّه أتلف حياً.

قال: **وإن ألقته ميتاً ثمّ ماتت الأمّ فعليه دية وغرّة.**

دية بقتل الأمّ وغرّة بالجنين. وروى أنّه ﷺ قضى في هذا بالدية والغرّة. ولأنّه أسقط وقتل.

قال: **وإن ماتت ثمّ ألقته ميتاً فلا شيء عليه في الجنين.**

وقال الشافعي تجب الغرّة في الجنين. لأنّه مات بالضرب. ولنا أنّه يحتمل [٣٧١/أ] أن يختنق بموت الأمّ فيموت. فلا يجب شيء. ويحتمل أن يموت بالضرب فلا تجب الغرّة بالشكّ. ولو ماتت الأمّ ثمّ

---

[1] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٣٨/٢؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٣٩/٤.

[2] ه : هداية

[3] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ١٤٧/١٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

ففعل. المعجم الكبير

: للاستحقاق وجه الاستحسان

سنة. الهداية ١٨٩/٤.

[6] العسقلاني "**الدراية**" ٢٨٢/٢.

ألقته حياً ومات فعليه ديتان كاملتان. ط[1] ولو ألقت جنينين ميتين أحدهما قبل الأمّ والثاني بعد موتها فعليه غرّة في الأوّل دون الثاني. ولا ترث الأوّل من الأمّ والأم ترث منه والثاني لا يرث ولا يورث عنه.

قال: **وما يجب في الجنين موروث عنه.**

لأنّه بدل النفس. ولا يرث القاتل حتّى لو ضرب بطن امرأته فألقت جنيناً ميتاً لا يرث الأب من الغرّة. لأنّه[2] قتله مباشرة بغير حقّ والقاتل لا ترث.

قال: **وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى.**

وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأمّ. لأنّه جزءها. ومقدار ضمان الأجزاء يؤخذ من أصلها. ولنا أنّه بدل نفسه. ولهذا يورث عنه. ولأنّه يجب الضمان. وإن لم يظهر النقصان بالأم. وإذا كان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأمّ بالولاد. وإلاّ فلا كما في أجنة البهائم. لأنّ ضمان قتل الرقيق عنده ضمان مال على ما مرّ.

قلت وإنّما قدره بنصف عشر قيمة الولد الذكر وعشر قيمة الأنثى. لأنّ الواجب في جنين الحرّة شيء واحد. وهو الغرّة خمسمائة درهم ذكراً كان أو أنثى. وذلك الواجب نصف عشر دية الذكر. وهو بعينها عشر دية الأنثى. فالحاصل أنّه وجب في الجنين الحرّ الذكر نصف عشر ديته. وفي الأنثى عشر ديتها. وما تقدر من دية الحرّ فهو مقدّر من قيمة العبد. فيجب في الذكر نصف عشر قيمته. وفي الأنثى عشر قيمتها. ولو ضاع جنين الأمة واختلفا في قيمته فالقول للضارب كما في قتل العبد خطأ. ط[3] وما يجب في جنين الأمة في مال الضارب. ط[4] م[5] ضرب بطن أمه فألقت جنيناً حياً وقد نقصها الولادة فعليه قيمة الجنين. ولا يضمن نقصان الولادة إذا كان بقيمته وفاءً بالنقصان. ولا يجب عليه إتمام ذلك. ط[6] ن[7] أمة ضربت بطنها متعمّدة أو شربة دواءً تسقط الولد فأسقطت ولد مولاها. ثمّ استحقّت الجارية يخير المستحقّ. إن شاء دفع أمته بغرة الجنين إلى مولاها المغرور. وإن شاء فداها بالغرّة. لأنّه تبين أن أمته قتلت جنين المولى الأوّل. وقد كان صار حرّا بالقيمة فعليها الغرّة. وكذا الحرّة إذا فعلت في نفسها ذلك فعلى عاقلتها الغرّة. ويشترط أن يتعمّد الإسقاط. ولو كان الإسقاط بإذن المولى والزوج لا ضمان عليهما. وعن أبي القاسم إذا شربت

---

[1] ط : المحيط
[2] ق : فإنه
[3] ط : المحيط
[4] ط : المحيط
[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[6] ط : المحيط
[7] ن : النوازل

دواء فألقت جنيناً ميتاً لا غرّة عليها. قال وتأويله إذا كان دواء لا يوجب سقوط الولد. وعن أبي يوسف فيمن أسقطت سقطاً لا شيء عليها إلا التوبة والاستغفار. وإن كان جنيناً فعليها الغرّة. [٣٧١/ب] وتأويله إذا كان يوجب سقوط الولد. وقد تعمدت[1] ذلك. ث[2] شربت دواء أو حملت حملاً ثقيلاً فألقت جنيناً ميتاً فعلى عاقلتها خمسمائة درهم في سنة. وإن لم يكن لها عاقلة ففي مالها في سنة. قال يوسف بن عيسى[3] وتأويله ما ذكرنا. م[4] برواية مجهولة شربت دواء للإسقاط أو لغيره فألقت جنيناً ميتاً فعليها الغرّة. ولا كفّارة عليها عند أبي يوسف ومحمد. ولا يرثه. وقيل عليها الكفّارة. وفي فتاوى النسفي مختلعة احتالت لإسقاط الولد لتسقط عدّتها فعليها الغرّة إذا كان بفعلها وتكون للزوج. وفي واقعات الناطفي شربت دواء لتسقط ولدها عمداً. فإن ألقته حياً ثمّ مات فعليها الدية والكفّارة. وإن ألقته ميتاً فالغرّة ولا ترث في الحالين. وإن شربت دواءاً لتصلح نفسها لا للإسقاط فلا شيء عليها. ولا كفّارة في قول أبي حنيفة. ولا ترث الأم.

قال: **ولا كفّارة في الجنين.**

وقال الشافعي يجب. لأنّه نفس من وجه. قلنا[5] إن فيها معنى العقوبة فلا تجب إلا في النفوس المطلقة. وإن تقرب بالكفّارة كان أفضل. ويستغفر بما صنع. هـ[6] والجنين الذي استبان بعض خلقه كالجنين التامّ في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا. ولأنّه ولد في حقّ انقضاء العدّة والنفاس وأمته الولد. فكذا في هذا.

٤٨. ٤. ١ فصل في كفّارة القتل

قال: **والكفّارة في شبه العمد والخطأ عتق رقبة مؤمنة. فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. ولا يجزئ فيها الإطعام.**

لقوله تعالى ﴿ **ومن قتل مؤمناً خطأً** ﴾[7] الآية. وقال الشافعي يجزئ فيها الإطعام إذا لم يقدر على الصيام ككفّارة الظهار والفطر. ولنا أنّه زيادة في القرآن فيكون فسخاً. والفسخ خلاف الأصل.[1]

الزركلي الأعلام ٢٤٤/٨.

[4] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[5] ف،ق : ولنا

[6] ه : هداية

[7] النساء ٩٢/٤



٤٨. ٤. ٢ فصل في جناية المدبّر أو أمّ الولد

قال: **وإن جنى المدبّر أو أمّ الولد جناية خطأً ضمن المولى الأقلّ من قيمتهما ومن أرشهما.**

لأن أبا عبيدة[2] رضي الله عنه قضى بجناية المدبّر على مولاه. ولأنّه صار مانعاً من الدفع بالتدبير والاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما لو فعله بعد الجناية و لم يعلم بها. وإنّما تجب الأقلّ. لأنّه لا حقّ لولي

---

[1] ق : + والله أعلم

عمواسودفن في غور بيسان وانقرض عقبه. له ١٤

الجناية في الأكثر. ولا يتخيّر بين الأقلّ والأكثر لعدم الفائدة في جنس واحد بخلاف القنّ. لأنّ الرغبات صادقة في الأعيان. وإن توالت جنايات وكثرت لا توجب إلا قيمة واحدة. لأنّه لم يمنع بالتدبير إلا رقبته واحدة. ولأنّ دفع القيمة كدفع العبد. وإنه لا يتكرّر فيتضاربون بالحصص. وتعتبر قيمته لكلّ واحد حال الجناية عليه لتحقّق المنع عليه في هذا الوقت. ط[1] حتّى لو قتل رجلاً خطأً وقيمته ألف درهم ثمّ قتل آخر وكان قيمته ألفين ثمّ انتقص فصارت خمسمائة ثمّ قتل ثالثاً فللثاني ألف درهم بلا مزاحمة. ويشترك الأوّل والثاني في خمسمائة بقدر حقّهما على تسعة عشر عشرة للأول وتسعة للثاني. والباقي بين الثلاثة يتضاربون فيها على قدر حقوقهم فيضرب كلّ واحد منهم بتمام ديته إلا ما وصل إلى الثاني في المرتين. والأوّل في المرة الواحدة. وإذا اختلف المولى وولي الجناية في قيمته فالقول للمولى في الظاهر. وعن أبي يوسف أنّهما يتخالفان.

قال: **فإن جنى أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى الأوّل بقضاء فلا شيء عليه.**

لأنّه مجبور على الدفع.

قال: **ويتبع ولي الجناية الثانية ولي الجناية الأولى فيشاركه فيما أخذ.**

لأنّ الأوّل قبض ما تعلّق به حقّ الثاني فيشاركه فيه كالوصي. [٣٦٩/أ] دفع التركة إلى الغرماء بقضاء ثمّ ظهر غريم يشاركهم فيها كذا هنا.

قال: **وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار. إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولي الجناية الأولى. فإن اتبع المولى رجع المولى بما دفع إليه على ولي الجناية الأولى.**

لأنّه ظهر أنّه دفع إليه ما لم يكن حقاً له. وهذا كلّه قول أبي حنيفة. وقالا لا شيء على المولى. لأنّه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع الحق إلى مستحقّه فصار كالدفع نقضاً له أن المنع يستند إلى التدبير كأنه دبره بعد الجناية الثانية فله إتباع المولى. فإن دفعه بقضاء زالت يده بغير اختياره فلا يضمن بخلاف الدفع برضاه كالوصي دفع التركة إلى بعض الغرماء بقضاء أو رضاء. ك[2] وأمّ الولد كالمدبّر في جميع هذه الأحكام لتحقّق المنع بالاستيلاد السابق. وإقرار المدبّر بجناية خطأ لا يلزمه ولا المولى شيئاً كالعبد. ولو مات المدبّر أو عمى لا يبطل القيمة عن المولى لوجوبها في ذمته. وأما المكاتب فحكم جنايته عليه دون مولاه يلزمه الأقلّ من قيمته ومن أرشها. ثمّ جنايته تتعلق برقبته حتّى لو عجز يقال للمولى ادفعه

الزركلي الأعلام ٢٥٢/٣.

[1] ط : المحيط

[2] ك : الكفاية للبيهقي

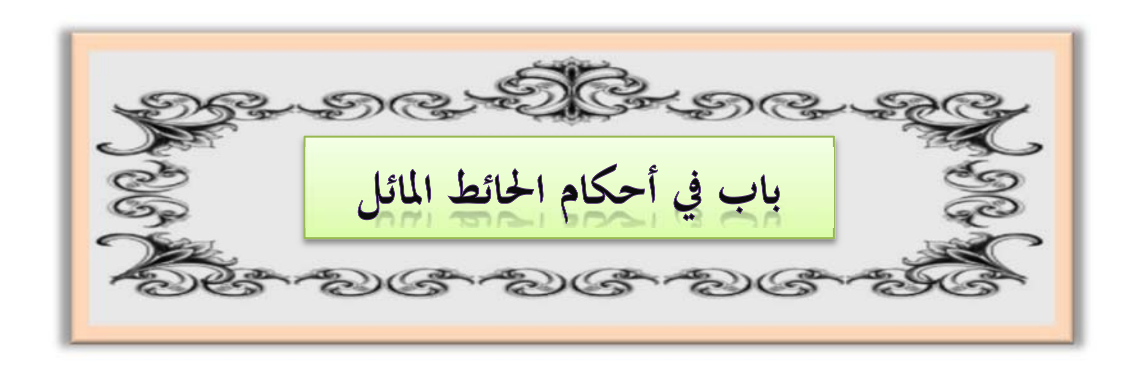
أو افده. وعند زفر ندمته حتّى يباع فيه لو عجز. ولو جنى جنايات قبل العجز. فعندنا يقضى بقيمة واحدة. وعنده بها جميعاً. **ه**[1] **جص**[2] ولو غصب صبياً حرّا فمات في يده فجأةً أو يحمّى فلا شيء عليه. وإن مـــات من صاعقة أو نهشته حية. فكذلك قياساً كالمكاتب الصغير. وبه زفر والشافعي. وفي الاستحسان الدية على عاقلة الغاصب لنقله إلى مسبعه أو مصعقه.[3]

---

[1] ه : هداية

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] [illegible] الاستحسان [illegible] تسبيبا. الهداية ٦/٤.



٤٨. ٤ باب في أحكام الحائط المائل

قال: **وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدّة تقدر على نقضه حتّى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال.**

والقياس أن لا يضمن. لأنّه لم يباشر تلفه ولا شرط تلف. هو متعدّ فيه كما قبل الإشهاد. وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد شغل هواء المسلمين ورفعه في يده. فإذا طولب بتفريغه وجب عليه. فإذا امتنع صار متعدياً كمن وقع[1] في حجره ثوب إنسان فطالبه به فامتنع صار متعدياً. كذا هذا بخلاف ما قيل الإشهاد. لأنّه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب. وما تلف من النفوس فديتها على العاقلة كالخطأ وضمان الأموال كالبهائم والعروض في ماله لما مرّ. هـ[2] وشرط الضمان طلب النقض منه دون الإشهاد. وإنّما ذكر الإشهاد ليتمكّن من إثباته [٣٦٩/ب] عند إنكاره. والإشهاد أن يقول "اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا." ولا يصحّ الإشهاد قبل الميل لعدم التعدّي. ولو بناه مائلاً ابتداء يضمن ما تلف بسقوطه من غير طلب ولا إشهاد. ويقبل فيه شهادة رجل وامرأتين. لأنّها ليست بشهادة على القتل. وإنّما شرط الترك في مدّة يقدر على نقضه فيها ليصير بتركه جانياً.

قال: **ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمّيّ**

رجلاً كان أو امرأة حرّاً كان أو مكاتباً. لأن الناس شركاء في المرور فاستووا في المطالبة.

قال: **فإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصّة.**

لأن الحقّ له على الخلوص. هـ[3] فإن كان فيها سكان فلهم المطالبة. لأنّ لهم المطالبة بإزالة ما يشغل الدار. فكذا بإزالة ما يشغل هواها. ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها جاز. ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط. لأنّ الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد

---

[1] ق : دفغ

[2] ه : هداية

[3] ه : هداية

عليه حيث لا يصحّ. لأنّ الحق لجماعة الناس فلا يملكان إبطال حقهم. ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه برئ من ضمانه لعدم تمكنه من الهدم بخلاف إشراع الجناح والكنيف والميزاب. لأنّه كان جانياً بالوضع. و لم ينفسخ بالبيع فلا إبراء ولا ضمان على المشتري. لأنّه لم يشهد عليه. ولو أشهد عليه يضمن لما مرّ. والأصل فيه أن المطالبة تصحّ ممن يقدر على نقضه دون من لا يقدر حتّى لا يصحّ مطالبة المرتهن والمستأجر والمودع والمستعير. ويصحّ إلى الراهن لقدرته بواسطة الفكّ وإلى الوصي وإلى أب اليتيم أو أمّه في حائط الصبي لقيام الولاية. وذكر الأمّ في ن[1] والضمان في مال اليتيم. لأنّ فعل هؤلاء كفعله وإلى المكاتب. لأنّ الولاية له والى العبد التاجر كان عليه دين أو لم يكن ثمّ التالف إن كان مالاً ففي رقبة العبد. وإن كان نفساً فعلى عاقلة المولى. ويصحّ التقدّم إلى أحد الورثة في نصيبه. ولو سقط بعد الإشهاد على إنسان فقتله ثمّ عثر به آخر فمات يضمنه. ولو عثر على نقضه فمات يضمن. لأنّ تفريغه عن الميّت على أوليائه وعن النقض عليه. ولو عطب بجرّة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه إن كانت الجرّة ملكه ضمن. لأنّ تفريغه عليه. وإلاّ فلا. ولو كان الحائط بين خمسة فأشهد على أحد فخمس الدية على عاقلته دون غيرهم. وكذا لو كان الدار بين ثلاثة فحفر أحدهم فيها بئراً أو بنى حائطاً فعطب به إنسان يضمن ثلثي الدية. [٣٧٠/أ] فيقسم بقدر الملك. وقالا عليه نصف الدية في الفصلين كمن جرح إنساناً وعقره أسد ونهشته حية ونطحه ثوراً فمات من ذلك كلّه فعلى الجارح نصف الدية كذا هذا.[2]

٤٨. ٤. ١ فصل في ما اصطدم فارسان

قال: **وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كلّ واحد منهما دية الآخر.**

لأن موت كلّ واحد منهما مضاف إلى صاحبه. شس[3] وكذا الماشيان. ن[4] هذا إذا وقع كلّ واحد منهما على قفاه أما إذا وقعا على وجههما فلا شيء فيه. وكذا إذا وقع أحدهما على وجهه لهلاكه بفعله.

٤٨. ٤. ٢ فصل في قتل عبد خطأً

قال: **ومن قتل عبداً خطأً فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم. فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر قضى عليه بعشرة آلاف إلا عشرة. وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة.**

---

[1] ن : النوازل

[2] ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد ونهشته حية ومات من ذلك كله فعلى الأجنبي ثلث الدية كذا في الكافي. الفتاوى الهندية ٤/٦.

[3] شس : شرح السرخسي

[4] ن : النوازل

عند أبي حنيفة ومحمد وزفر. وقال أبو يوسف والشافعي يجب قيمتها بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى فيتقدّر بقدرها كالغصب ولنا أن ضمان القتل الخطأ بدل الآدمية قال تعالى ﴿ **ودية مسلمة** ﴾[1] لكن في العبد معنى المالية فيعتبر ماليته ما لم تشارف العبد درجة الحرّ. فإذا شارف اعتبرنا الآدمية لتقاربه إياه في الشرف والقيمة فأوجبنا الدية توفيراً على الشهين حظهما. لكن نقصنا من دية الحرّ عشرة دراهم.[2] وكذا في الأمة إظهاراً لإنحطاط درجة الأرقاء عن درجة الأحرار. وإنّما قدر النقصان بالعشرة بأثر ابن مسعود رضي الله عنه. ولأنّ العشرة مال معتبر شرعاً يقطع بها اليد. ويستحل بها الفرج بخلاف الغصب لا يرد إلا على المالية.

قلت وما وقع في بعض نسخ المختصر. وفي الأمة خمسة آلاف إلا خمسة خلاف الظاهر. والمنصوص في عامّة الأصول والشروح الّتي ظفرت بها إلا عشرة. وفي **شط**[3] وفي رواية إلا خمسة. **ط**[4] وروى الحسن عن أبي حنيفة أنّه يجب فيها خمسة آلاف إلا خمسة. والصحيح ما ذكرنا يعني إلا عشرة. وعن أبي يوسف تجب قيمتها بالغة ما بلغت. وهو أحد قولي الشافعي بناءً على أن الواجب عندنا ضمان النفس حتّى تجب على العاقلة مؤجّلاً إلى ثلاث سنين. وعندهما ضمان المال حتّى في مال الجاني.

قال: **وفي يد العبد نصف قيمته لا يراد على خمسة آلاف إلا خمسة.**

لأن اليد من الآدمي في نصفه فيعتبر بكله. وهو مذهب علي وابن عبّاس رضي الله عنهم. **ط**[5] نقصان خمسة هنا باتّفاق الروايات بخلاف فصل الأمة.

قال: **وكلّ ما يقدر من دية الحرّ فهو مقدّر من قيمة العبد.**

لأن القيمة [٣٧٠/ب] في العبد كالدية في الحرّ. **شق**[6] وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأوّل. وقال آخراً. وهو قول محمد وزفر عليه النقصان. **ط**[7] ضمان الأطراف عند محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف مقدّر بالنقصان. **ن**[8] حلق رأس عبد فلم ينبت قال أبو حنيفة إن شاء المولى دفعه إليه وأخذ قيمته وإن ترك. **ع**[9] وعنه إن شاء[1] من قطع إذن عبد أو أنفه أو حلق لحيته فلم ينبت فعليه قيمته تامة. وعنه في

---

[1] النساء ٤/٩٢

[2] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥/٣٨٧؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٠/٩ بلفظ "لا تبلغ قيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم"

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] ط : المحيط

[5] ط : المحيط

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[7] ط : المحيط

[8] ن : النوازل

[9] ع : عيون المسائل للسمرقندي

أشفار عيني المملوك وحاجبيه وأذنية ما نقصه. ط[2] ع[3] قال أبو حنيفة فقاء عيني عبد فمات من غير القضاء فلا شيء على الفاقىء. ولو قتله إنسان لزم الفاقئ نقصانه.[4] وقال محمد عليه النقصان فيهما. فقيل له من أين فرق أبو حنيفة بين القتل والموت فقال لا أدري وعنه فقأ أحدهما عينيه والآخر قطع يده فعلى الأوّل ما نقصه وعلى الثاني نصف قيمته مفقوء العين. ومسألة الجثّة العمياء مشهورة.[5] جص[6] قطع يد عبد ثمّ أعتقه المولى ثمّ مات منه فعليه القصاص إلا إذا كان له ورثة غير المولى. وقال محمد لا قصاص في الفصلين.[7] وعلى القاطع أرش اليد للمولى. وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه.

---

[1] ف، ق : – إن شاء

[2] ط : المحيط

[3] ع : عيون المسائل للسمرقندي

الاستحسان أن الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم وإهدار الجناية فيغرم النقصان صونا للذمة عن الهدر والبطلان. البحر الرائق ٨/٤١٧.

[6] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[7] ق : – فعليه القصاص إلا إذا كان له ورثة غير المولى. وقال محمد لا قصاص في الفصلين



٤٨. ٥ باب القسامة

وفي بعض النسخ "مسائل القسامة"[1] من غير ذكر الكتاب.

قال: **وإذا وُجد القتيلُ في محلّة لا يُعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيّرهم الولي "بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً."**[2]

وقال الشافعي إذا كان هناك لوث استحلف الولي خمسين. ويقضي له بالدية على المدّعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأً. وقال مالك يقضي بالقود في دعوى العمد. وهو أحد قولي الشافعي. واللوث عندهما أن يكون على واحد منهم بعينه علامة قتل [٣٧٢/أ] أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شبهة شهادة عدل أو شهادة غير عدول أن أهل المحلّة قتلوه. وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنّه لا يكرّر اليمين بل يردها على الولي. وإن حلفوا لا دية عليهم للشافعي في البداية بيمين الولي. قوله ﷺ للأولياء « **فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه** »[3] ولأنّ اليمين على من يشهد

---

[1] ... كذلك. البحر الرائق ...

[2] ... وعبد الرحمن ... وتستحقون ... الصدقة. المبسوط ١٠٦/٢٦.

[3] البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٢٣/٨؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤٦٠/٤.

له الظاهر. ولهذا يجب على صاحب اليد ورد اليمين على المدّعي أصل له ممهّد كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة. والقود لا يجب مع الشبهة. والمال يجب معها. فلهذا يجب الدية. ولنا قوله ﷺ « **البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر** »[١] وروى ابن المسيّب « **أنّ النبيّ ﷺ بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم** »[٢] لوجود القتل بين أظهُرهم. ولأنّ اليمين حجّة للدفع دون الاستحقاق. وحاجة الولي إلى الاستحقاق. وقول المصنّف يتخيّرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي.[٣] لأنّ اليمين حقّه. فالظاهر أنّه يختار من يتهمه أو من يتحرز عن اليمين الكاذبة ليفيد اليمين. ولو اختار أعمى أو محدوداً في قذف جاز. لأنّه يمين لا شهادة.

قال: **فإذا حلفوا قضى على أهل المحلّة بالدية. ولا يستحلف الولي ولا يقضي له بالجناية.**

وقال الشافعي لا يجب الدية. ويستحلف الولي فيجب. وقال مالك يجب القصاص في دعوى العمد إذا حلف الولي. والحجج من الجانبين قد مرّت. ه[٤] القسامة ما شرعت يجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل. فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص. ثمّ الدية تجب لوجود القتل منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهُرهم أو بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ. ومن أبى منهم اليمين حبس حتّى يحلف. لأنّ اليمين فيه مستحقّ لذاته تعظيماً لأمر الدم. ولهذا يجمع فيه بين اليمين والدية بخلاف النكول في الأموال. لأنّ اليمين ثمة بدل عن أصل حقّه. هذا إذا ادّعى الولي القتل على جميع أهل المحلّة أو البعض بغير أعيانهم. والدعوى في العمد والخطأ سواء. ولو ادّعى على واحد منهم بعينه أنّه قتل وليه عمداً أو خطأً فكذلك الجواب دلّ عليه إطلاق الجواب في الكتاب. وهكذا ذكره في المبسوط. وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنّه تسقط القسامة والدية عن الباقين في القياس كما لو ادّعى على واحد من غيرهم. وفي الاستحسان يجب القسامة والدية على أهل المحلّة لإطلاق النصوص.

قلت قوله ولا يستحلف الولي ولا يقضي له بالجناية معناه لا يقضي له بالجناية يحلف الولي كما [٣٧٢/ب] ذهب إليه مالك والشافعي.

قال: **فإن لم يكمل أهل المحلّة كرّرت الأيمان عليهم حتّى يتمّ خمسون.**

---

[١] الدارقطني السنن **١١٠/٣**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٢٢٨/٧**؛ الزيلعي **"نصب الراية" ١٢٦/٤**؛ ينظر البخاري الصحيح **"رهن" ٦**؛ مسلم الصحيح **"عقدية" ١**؛ أبو داود السنن **"عقدية" ٢٣**؛ الترمذي السنن **"أحكام" ١٢** بلفظ "البيّنة على المدّعي واليمين على المدعى عليه"

[٢] عبد الرزاق **"مصنّف" ٣٨/١٠**.

[٣] ق : - إلى الولي

[٤] ه : هداية

لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى بالقسامة[1] وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرّر اليمين على واحد منهم حتّى أتمّ خمسين ثمّ قضى بالدية. وعن شريح والنخعي مثل ذلك. ولأنّ الخمسين ثبتت بالسُنّة فيجب إتمامها استعظاماً لأمر الدم. ولو كان العدد كاملاً فطلب الولي تكرار اليمين على بعضهم لم يكن له ذلك. لأنّ المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال.

قال: **ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون ولا امرأة ولا عبد.**

لأن الصبي والمجنون ليسا من أهل اليمين. والمرأة والعبد ليسا من أهل النصرة. واليمين على أهلها.

قال: **وإن وجد ميت لا أثر به فلا قسامة ولا دية.**

لأنّه ليس بقتيل. لأنّ القتيل عُرفاً هو فائت الحياة بسبب مباشرة الحي. وإنه مات حتف أنفه والغرامة يتبع فعل العبد. وقال الشافعي إن كان هناك لوث استحلف الولي فإن امتنع استحلف أهل المحلّة. لأنّ القسامة تتبع الدعوى.

قلت الدعوى إنّما توجب القسامة إذا كان به أثر يستدلّ به على كونه قتيلاً كجراحة أو أثر ضرب أو خنق.

قال: **وكذلك إن كان الدم يسيل من أنفه أو دبره أو من فمه.**

لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بالقيء والرعاف ونحوهما. وكذا من ذكره.

قال: **وإن خرج من عينه أو أذنه فهو قتيل.**

لأنّه لا يخرج منهما عادة إلا بفعل الحيّ. هـ[2] ولو وجد بدون القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه لرأس في محلّة فعلى أهلها القسامة والدية. وإلاّ فلا. لأنّ للأكثر حكم الكلّ تعظيماً للآدمي الأقلّ. ولأنّه لو أوجبنا به يتكرّر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة. ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس له أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلّة. فإن كان به أثر الضرب وهو تامّ الخلق وجبت القسامة والدية عليهم. لأنّ الظاهر إن كان تامّ الخلق ينفصل حياً. وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم. لأنّه ينفصل ميتاً.

قال: **وإذا وُجد القتيل على دابّة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلّة.**

---

[1] ف، ق : في قسامة

[2] ه : هداية

لأنّه في يده كما إذا كان في داره. وكذا إذا كان قائدها أو راكبها. فإن اجتمعوا فعليهم. لأنّ القتيل في أيديهم.

قال: **فإن وُجد[1] في دار إنسان فالدية على عاقلته والقسامة عليه.**

لأن الدار في يده. وإنّما تجب الدية على عاقلته. لأنّ نصرته منهم وقوته بهم.

قال: **ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة ومحمد.**

وقال أبو يوسف هو عليهم جميعاً. لأنّ ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى. ألا ترى [٣٧٣/أ] « **أنّه ﷺ جعل القسامة والدية على اليهود** »[2] وإن كانوا سكاناً بخيبر. ولهما أن المالك هو المختصّ بنصرة البقعة دون السكان. لأنّ سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت التدبير إليهم فيتحقّق التقصير منهم. وأما أهل خيبر فأقرّهم النبي ﷺ على أملاكهم.

قال: **وهي على أهل الخطّة[3] دون المشترين ولو بقى واحد[4] منهم**

عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف يشترك الكلّ فيه لاشتراكهم في ولاية الحفظ المدلول عليها بالملك. ولهما أن صاحب الخطة أصيل في نصرة البقعة والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل. وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة. وإن لم يبق واحد منهم فهو على المشترين. لأنّ الولاية حصلت لهم لزوال من يزاحمهم. ولو وُجد في دار مشتركة نصفها لرجل وعُشرها لآخر وللثالث ما بقي فهو على رؤوس الرجال لاستواء الكلّ في التدبير والحفظ والتقصير. ولو اشترى داراً ولم يقبضها فعلى عاقلة البائع. وعندهما على عاقلة المشتري. وإن كان فيه خيار لأحدهما فعلى عاقلة من في يديه. وعندهما على عاقلة من يصير الدار له. ولو كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقل العاقلة حتّى يشهد الشهود أنّها للذي في يده. لأنّ اليد ظاهراً تكفي للدفع لا للاستحقاق كما في الشفعة.

قال: **وإن وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين.**

لأنّها في أيديهم. هـ[5] وكذا العجلة. وهذا عند أبي يوسف ظاهر. والفرق لهما أن السفينة يُنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابّة بخلاف المحلّة والدار.

---

[1] ف : + القتيل

[2] الزيلعي "**نصب الراية**"

[3] الجوهري الصحاح ١٩٦/١.

[4] ق : واحد منهم

[5] ه : هداية

قال: **وإن وُجد[1] في مسجد محلّة فالقسامة على أهلها.**

لأن تدبيره إليهم.

قال: **وإن وُجد في الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه. والدية على بيت المال.**

لأنّه للعامة. وكذا الجسور للعامة. ومال بيت المال مال عامّة المسلمين. ولو وُجد في السوق إن كان مملوكاً. فعند أبي يوسف يجب على السكان. وعندهما على المالك. وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامّة الّتي بنيت فيها فعلى بيت المال. لأنّه لجماعة المسلمين. ولو وجد في السجن فعلى بيت المال. وعند أبي يوسف القسامة والدية على أهل السجن. لأنّهم سكانه. ولهما أنهم مقهورون فلا تناصرون.

قال: **وإن وُجد في بريّة ليس بقربها عمارة فهو هدر.**

وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت. لأنّه إذا كان كذلك لا يلحقه الغوث من غيره فلا توصف بالتقصير. وإن كانت البريّة مملوكة فالقسامة والدية على عاقلته.

قال: **وإن وُجد بين قريتين كان على أقربهما.**

لما روي « **أنّه ﷺ أتى في قتيل واحد** [٣٧٣/ب] **بين قريتين فأمر أن يذرع** »[2] وهكذا قضى به عمر رضي الله عنه.

قال: **وإن وُجد في وسط الفرات يمرّ به الماء فهو هدر.**

لأنّه ليس في يد أحد ولا في ملكه.

قال: **وإن كان محتبساً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك الموضع**

على التفسير الذي مر ذكره. لأنّهم أخصّ بنصرة هذا الموضع.[3] وهو كالموضوع على الشط والشط في أيديهم. لأنّهم يستقون منه الماء ويسقون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحقّ به الشفعة لاختصاص أهله به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم.

قال: **وإن ادّعى الولي على واحد من أهله المحلّة بعينه لم يسقط القسامة عنهم.**

وقد ذكرنا الاختلاف والقياس والاستحسان فيه.

---

[1] ف : + القتيل

[2] الزيلعي **"نصب الراية" ٣٩٦/٤**؛ العسقلاني **"الدراية" ٢٨٦/٢.**

[3] ق : – على التفسير الذي مر ذكره. لأنّهم أخصّ بنصرة هذا الموضع

قال: **وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقط عنهم.**

لما مرّ من الفرق بينهما. ولو التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلّة. لأنّ القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل بعينه منهم فلم يكن على أهل المحلّة ولا على أولئك حتّى يقيموا البيّنة. لأنّ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق عليهم. وسقط عن أهل المحلّة. لأنّ قوله حجّة عليه. ولو وجد في معسكر[1] بفلاة لا ملك فيها.[2] فإن وجد في خباءٍ أو فسطاط فالدية على من يسكنها. وإن كان خارجاً فعلى أقرب الأجنبية اعتباراً لليد عند إنعدام الملك. ولو لقوا عدوا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية.[3] لأنّ الظاهر أنّه قتله العدو وكان هدراً. وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان. ويكون على الاختلاف الذي مرّ.

قال: **وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف "بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان."**

لأنّه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل منه. ويحلف على هذا الوجه. لأنّه لما أقرّ بالقتل على واحد فقد استثناه عن اليمين فيحلف على من سواه.

قال: **وإذا أشهد إثنان من أهل المحلّة على رجل من غيرهم أنّه قتله لم تقبل شهادتهم عند أبي حنيفة وقالا[4] تقبل.**

لأنهم خرجوا عن الخصومة بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل كالوكيل بالخصومة إذا عُزل قبل الخصومة وله أنهم خُصماء بإنزالهم قائلين للتقصير منهم فلا تقبل كالوصي إذا خرج من الوصاية. وعلى هذين الأصلين يخرج كثير من المسائل. هـ[5] ولو ادّعى على واحد من أهل المحلّة بعينه فشهد شاهد من أهلها عليه لم تقبل لتهمته. ولو جُرح في قبيلة [٣٧٤/أ] فنقل إلى أهله ثمّ مات منها. فإن كان صاحب فراش حتّى مات فالقسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة اعتباراً للحرج. وقال أبو يوسف لا شيء عليهم

---

[1] والعسكر الجيش وعسكر الرجل فهو معسكر والموضع معسكر بفتح الكاف والعسكر والمعسكر موضعان وعسكر مكرم اسم بلد معروف وكأنه معرب. لسان العرب

[2] [illegible]

[3] [illegible] قتالا ووجد [illegible] كذلك. البحر الرابق ٨/٤٥٤.

[4] ق : وقال أبو يوسف و محمد

[5] ه : هداية

اعتباراً للموت. ولو أن رجلاً معه جريح به رمق[1] فحمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثمّ مات لم يضمن الحامل في قول أبي يوسف.[2] وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن. ولو وجد قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة. وقالا وهو قول زفر لا شيء فيه. ولو أن رجلين كانا في بيت لا ثالث معهما ووجد أحدهما مذبوحاً يضمن الآخر ديته عند أبي يوسف اعتباراً للظاهر.[3] ولا يضمن عند محمد بالشكّ لاحتمال أن يذبح نفسه. ولو وجد قتيل في قرية مملوكة امرأة. فعند أبي حنيفة ومحمد تكرّر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب. وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً. قال المتأخّرون والمرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة. لأنّها شاركتهم في القتل حكماً. ولو وجد قتيلاً في أرض برجل إلى جانب قرية ليس مالك الأرض من أهلها فهو على صاحب الأرض. لأنّه أحقّ بها.[4]

---

[1] الرمق بقية الحياة وفي الصحاح بقية الروح وقيل هو آخر النفس وفي الحديث أتيت أبا جهل وبه رمق والجمع أرماق. لسان العرب

[2] الهداية. تبيين

[3]

[4] + والله أعلم



٤٩ كتاب المعاقل



المعاقل[1] جمع معقلة. وهي الدية[2] وسمي الدية عقلاً. لأنّها يعقل الدماء من السفك أي تمسكها.

قال: **الدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة.**

الكهان. تبيين

والعاقلة الّذين يعقلون يعني يؤدون الدية. والأصل في وجوبها على العاقلة حديث حمل بن مالك[1] ﷺ للأولياء « **قوموا فَدُو** »[2] ولأنّ نفس الآدمي محترمة لا وجه إلى إهدارها والخاطئ معذور. وكذا من تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب عقوبة القصاص عليه. وفي إيجاب مال عظيم عليه استيصاله فيصير عقوبة فضمّ إليه العاقلة تحقيقاً. وإنّما خصّوا بالضم. لأنّه إنّما قصر لقوته وثقته بأنصاره. وهم العاقلة فكانوا مقصرين في تركهم مراقبته ومحافظته فخصوا به.

قال: **والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان.**

وقال الشافعي العاقلة القبيلة. ولا يلزم أهل الديوان شيء إلا أن يكونوا من القبيلة. لأنّ العاقلة كانت هي القبيلة في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر ﷺ فلو تغيّر لكان نسخاً. ولنا ما روي عن إبراهيم النخعي أنّه قال كانت الدية على القبائل فلما دون عمر ﷺ الدواوين وضعها على أهل الديوان فلم ينكر عليه أحد. وإنه ليس بنسخ بل نقل حكم إلى محلّ آخر لانتقال علته إليه. وهو التناصر. لأنّ التناصر كان في زمنهما [٣٧٥/ب][3] بالقبائل فلما دون الدواوين صار التناصر بأهل الديوان كما روي أنّه ضاعف على بني تغلب الصدقة ووضع الخراج أيضاً. ولم يكن شيء منهما في زمن النبي ﷺ ولم يكن نسخاً. كذا هذا[4] بل تقدير معنى التناصر. ولهذا قالوا لو كان القاتل من قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل حرفته. ولو كان بالحلف فأهله وأهل الديوان أهل الروايات وهم الجيش الّذين كتبت أساميهم في الديوان.

قال: **يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين.**

لما روي أنّه ﷺ قضى بذلك فيها. ولأنّ العطاء يخرج غالباً في كلّ سنة مرة.

قال: **فإن خرج العطايا في أكثر من ذلك أو أقلّ أخذ منها.**

لحصول المقصود. هـ[5] وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتّى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثمّ خرجت بعده لا يؤاخذ منها. ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحـــدة يعني في المستقبل أخذ منها كلّ الدية. وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكلّ ثلث منها في سنة. فـــإذا

---

[2] ... الترمذي السنن "**ديات**" ١٥؛ النسائي السنن الكبرى "**قسامة**" ٤٠.

[3] ساقط ٣٧٤ ب و٣٧٥ أ في نسخة أ.

[4] ق : - هذا

[5] ه : هداية

كان الواجب في العقل ثلث دية أو أقلّ كان في سنة واحدة. وما زاد إلى تمام الثلثين في السنة الثانية. وما زاد عليه إلى تمام الدية في السنة الثالثة. وقد مرّ ذلك. وما وجب على القاتل في ماله إذا قتل الأب ابنه عمداً في ثلاث سنين أيضاً. وقال الشافعي في ماله حالاً. لأنّ التأجيل للتخفيف في حقّ العاقلة. فلا يلحق به العمد المحض. ولنا أنّه أوجب[1] بخلاف القياس مؤجّلاً فلا يتعداه. ولو قتل عشرة رجلاً فعلى كلّ واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكلّ. وابتداء مدّة ثلاث سنين من وقت القضاء. لأنّ الواجب الأصلي الميل بالنصّ. وإنّما يتحوّل إلى القيمة بالقضاء. فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور.

قال: **ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته.**

لأن نصرتهم بها.

قال: **ويقسط عليهم في ثلاث سنين. لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كلّ سنة. وينقص منها.**

كذا ذكره المصنّف. وهو إشارة إلى أنّه يزاد الواحد على أربعة دراهم من جميع الدية. وقد نصّ محمد على أنّه لا يزاد كلّ واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ[2] من كلّ واحد في كلّ سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصحّ.

قال: **فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضمّ إليهم أقرب القبائل إليهم[3] من غيرهم.** ه[4]

معناه نسباً كلّ ذلك لمعنى التخفيف. ويضمّ الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الإخوة ثمّ بنوهم ثمّ الأعمام ثمّ بنوهم. وأما الآباء والأبناء قيل [٣٧٦/أ] يدخلون لقربهم. وقيل لا يدخلون. لأنّ الضمّ لنفي الحرج حتّى لا نصيب كلّ واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة. وهذا المعنى يتحقّق عند الكثرة. والآباء لا يكثرون. وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضمّ إليهم أقرب الرايات نصرة إذا حزبهم أمر ويفوض ذلك إلى الإمام. لأنّه هو العالم به. وهذا كلّه[5] عندنا. وقال الشافعي يجب على كلّ واحد نصف دينار فيستوي بين الكلّ لأنّه صلة. وأدناه نصف دينار أو خمسة دراهم كما في نصاب الزكاة من النقدين. لكنّا نقول هي أحط رتبة من الزكاة. ولهذا يؤخذ من العطايا والأرزاق دون أصل المال. ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين. لأنّ الأرزاق صلات كالعطايا

---

[1] ق : وجب
[2] ق : + من جميع الدية
[3] ق : - إليهم
[4] ه : هداية
[5] ق : - كله

ثمّ الأرزاق إن كانت تخرج في كلّ سنة[1] يؤخذ منهم ثلث الدية في كلّ سنة. وإن كانت تخرج في كلّ ستّة أشهر تؤخذ فيها منهم سدس الدية. وفي كلّ شهر بحصّته. وإن خرجت بعد القضاء بيوم تؤخذ منه حصّته ذلك الشهر. وإن كانت لهم أرزاق في كلّ شهر وأعطية في كلّ سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق. لأنّه أيسر والأعطية أكثر.

قلت والفرق بين الرزق والعطية ما ذكر في **ط**[2] أن الرزق ما يفرض له في بيت المال مقدّراً بالحاجة والكفاية لكلّ شهر أو لكلّ يوم. والعطاء ما يكون كلّ سنة يقدر بخيره وغناءه في أمر الدين دون الحاجة والكفاية.

قلت وبهذا وضح الفرق في أن الدية تؤخذ من ثلاث عطيات. وإن خرجت في سنة واحدة أو شهر واحد ولا تؤخذ من ثلاثة أرزاق إذا خرجت في ثلاثة أشهر أو سنة. لأنّ الرزق لما كان مقدّراً بالكفاية يخرج المرتفق بأخذه ولا كذلك العطية.

قال: **ويدخل القاتل مع العاقلة. فيكون فيما يؤدي كأحدهم.**

وقال الشافعي لا شيء عليه. لأنّه معذور. ولو وجب عليه جزؤها لوجب كلّها. ولنا أن إيجاب الكلّ إجحاف به. ولا كذلك إيجاب الجزء. ولئن كان القاتل الخاطئ معذوراً فالبرئ أعذر منه. قال الله تعالى ﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾[3] وليس على النساء والزراري ممن كان له حظّ في الديوان عقل[4] لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة. ولأنهما ليسا من أهل النصرة. وكذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية. **هـ**[5] ولا يعقل أهل مصر آخر إذا لم يجمعهما ديوان واحد. ويعقل أهل كلّ مصر من أهل سوادهم. لأنّهم أتباع لأهل المصر يستنصرون بهم عند النواب. [٣٧٦/ب] ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة. لأنّه يستنصر بأهل ديوانه. فالحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر. فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولادة وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب. وعلى هذا يخرج كثير من المسائل المعاقل.

نفسه. الهداية ٤/٢٢٧.

٥ ه : هداية

قلت فعلى هذا إذا كان القاتل من الصيادين في زماننا بخوارزم وممالك المتسلطين عليها فعاقلتــه الصيادون وأتباعهم دون عشيرته. وأهل محلته وأهل حرفته لشدّة التناصر فيما بينهم. ولو كان البدوي نازلاً في المصر ولا مسكن له فيه أو المصري نازلاً بالبادية فلا عبرة للنزول فيهم ولا يعقلون عنه. وأهل الذمّة إذا كان لهم عوأقلّ معروفة يتناصرون بها يعقلون عن الخاطئ. وإلا ففي ماله في ثلاث ســنين كالمســلم. لأنّ الوجوب في الأصل على القاتل. وإنّما تتحوّل إلى العاقلة بالقضاء. فإذا لم يوجد له عاقلة بقيت الدية عليه كتاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه فعقله في ماله. ط[1] شب[2] عاقلة الرجل أهل ديوانه إن كان من الغزاة فالغزاة وإن كان من الكتاب فالكتاب فإن لم يكن له ديوان فأنصاره فإن كان نصرته بالمحال والدروب فعليهم. وإن كان بأهل قريته فعليهم. وإن لم يكن له أنصار فعلى عشيرته من قبل أبيه. فــإن لم يمكنهم يضمّ إليهم أقرب القبائل من النسب وثم حتّى يكفي. ط[3] فب[4] ث[5] صبي رمى امرأة ففقاء عينــها فالدية في ماله دون أبيه به أفتى الفقيه أبو بكر وأبو جعفر وظهير المرغيناني. لأنّهم لا يدون العجم عاقلــة لعدم التناصر فيما بينهم. وقال بعض المشايخ للعجم عواقل. لأنّهم يتناصرون فيما بينهم. وقــال بعــض المشايخ للعجم عواقل. لأنّهم يتناصرون كالأساكفة[6] والصفارين بمرو[7] والكلاباذين[8] وأهل درب الخشابين ببخارى وكالصفارين والسراحين والصرافين بسمرقند. وبه كان يفتي محمد بن سلمة والحلواني. قالوا وعلى هذا القياس يكون طلبة العلم بعضهم عاقلة بعض. فالحاصل أن التناصر أصل في هذا الباب. ومعنى التناصر أنّه إذا حزبه أمر قاموا معه في كفايته. وإن كان له متناصرون من أهل الديوان والعشيرة والمحلة والســوق والعاقلة أهل الديوان ثمّ العشيرة ثمّ أهل المحلّة. وبه الناطفي ثمّ قال الناطفي فإن لم يكن له عاقلة بقي مالــه يؤدى كلّ سنة ثلاث دراهم أو أربعة.

---

[1] ط : المحيط

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] ط : المحيط

[4] فب : فتاوى البرهاني

[5] ث : أبو الليث

[6] الإسكاف الخراز وصانع الأحذية ومصلحها ج أساكفة. المعجم الوسيط ٤٣٩/١.

[7] ولا عاقلة للعجم وبه جزم في الدرر قاله المصنف لعدم تناصرهم وقيل لهم عواقل لأنهم يتناصرون كالأساكفة

ببخارا. تاج العروس ٤٦٣/٩.

قلت وهذا حسن لا بدّ من حفظه. فقد رأيت في كثير من المواضع أنّه تجب الدية في ماله في ثلاث سنين. وقال [٣٧٧/أ] قخ[1] إذا لم يكن له عاقلة فعقله في بيت المال وهكذا ذكر في الجامع والزيادات وعن محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنّها في مال الجاني. قلت وفي زماننا بخوارزم لا يكون إلا في مال الجاني إذا كان من أهل قرية أو محلّة يتناصرون لأنّ العشائر فيها قد فنيت ورحمه التناصر من بينهم قد رفعت وبيت المال قد انهدم نعم أسامي أهلها مكتوبة في الديوان ألوفاً ومئات لكن لا يتناصرون به فتعين أن تجب في ماله.

قال: **وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته.**

لأن نصرتهما بهم وأكده قوله ﷺ « **وإن مولى القوم منهم** »[2]

قال: **ولا يتحمّل العاقلة أقلّ من نصف عشر الدية. ويتحمّل نصف العشر فصاعداً.**

والأصل فيه حديث ابن عبّاس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى النبي ﷺ « **لا يعقل العوأقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً** »[3] ولا ما دون أرش الموضحة نصف العشر. وإن تحمل العاقلة تحاشياً عن الإجحاف به في القليل.

قال: **وما نقص من ذلك فهو في مال الجاني.**

لما بيّنّا وكالأموال.

قال: **ولا يعقل العاقلة جناية العبد. ولا يعقل الجناية الّتي اعترف بها الجاني إلا أن يصدّقوه ولا ما لزم بالصلح.**

لما روينا من الحديث. هـ[4] ولو أقرّ بالقتل خطأ ومضى سنون ثمّ قضى في ماله في ثلاث سنين فالتأجيل من يوم القضاء ولا تصادق القاتل والولي أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته. وكذبهما العاقلة فلا شيء عليهم لعدم الحجّة ولا على القاتل أيضاً.

قال: **وإذا جنى الحرّ على العبد جناية خطأ كانت على عاقلته.**

لما مرّ[1] أنّه بدل النفس خلافاً للشافعي في أحد قوليه. والله أعلم.[2]

---

[1] قخ : قاضي خان

[2] البخاري الصحيح "**فرائض**" ٢٤؛ أبو داود السنن "**زكاة**" ٢٩؛ النسائي السنن الكبرى "**زكاة**" ٩٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٤٨/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٩٧/٤.

[3] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٩/٤.

[4] ه : هداية



٥٠ كتاب الحدود



اعلم أن الحدّ[3] في اللغة هو المنع. ومنه سمّي البواب حداداً أو سمّيت الحدود المنطقية والفقهية حدوداً. لأنّها جامعة مانعة تمنع دخول غيره في المحدود. وكذا حدود الدار لمانعيتها دخول غير المحدود فيه. ولما كانت العقوبة موضوعة للمنع من الفعل المنتهى عنه سُميت حداً.[4] وفي الشريعة عبارة عن كلّ عقوبة مقدّرة يستوفى لحقّ الله تعالى. ولهذا لا يسمّى عقوبة القصاص حداً. لأنّه يستوفى لحقّ الآدمي ولا التعزير. لأنّه ليس بمقدّر على ضربين يأتي على النفس كالقتل بالردة والرجم والقطع الطريق. وضرب لا يأتي على النفس كحد السارق والشارب والقاذف وحدّ الزنا على ضربين حدّ محصن وغير محصن. وابتداء المصنّف

فأمسكوهن

التواتر. المبسوط ٣٦/٩.

[4] ق : حدودا

بيان حدّ الزنا لأنّه أمّ. لأنّ شهوة الفرج [٣٧٧/ب] مجبولة في نفوس بني آدم شاملة لها. فمست الحاجة إلى شرع الحدّ منعاً لها عن إرتكاب المحرم منها.



٥٠ . ١ باب في حدّ الزنا

قال: **الزنا يثبت بالبيّنة والإقرار**.[١]

والمراد ثبوته عند الإمام. لأنّ البيّنة حجّة ظاهرة. وكذا الإقرار خصوصاً فيما له فيه مضرة ومعرة. والوصول إلى العلم متعذّر فيكتفي بالظاهر.

قال: **فالبيّنة أن يشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنى.**

لقوله تعالى ﴿ **فاستشهدوا عليهنّ أربعةً منكم** ﴾[٢] وقال في آية القذف ﴿ **ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء** ﴾[٣] وقوله ﷺ للذي قذف امرأته بالزنا « **إيتِ بأربعةٍ يشهَدون على صدقِ مقالتِك** »[٤] ولأنّ في اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر بتضعيف الحجّة المطلّقة. والستر مندوب إليه.

قال: **فسألهم الإمام عن الزنا. ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ ومتى زنى؟ وبمن زنى؟**

---

١ ... معروف. الاختيار ٤٤/١.

٢ النساء ١٥/٤

٣ النور ٤/٢٤

٤ البخاري الصحيح "**شهادة**" ٢١؛ أبو داود السنن "**طلاق**" ٢٦؛ الترمذي السنن "**تفسير**" ٢٤؛ ابن ماجه السنن "**لعان**" ٢٧.

فإذا شهدوا يسألهم عن هذه الأمور الخمسة عن حقيقة الزنا. لأنّه عسى يظنّ النظر المحرم زنا نظراً إلى قوله ﷺ « **العينان تزنيان** »[1] وعن كيفيته أنّه طوعاً أم كرهاً. وعن مكانه لجواز أن تزني في دار الحرب فلا يلزمه الحدّ. وعن زمانه لجواز أن يتقادم عهده فلا تقبل شهادتهم. وعن المزنية لجواز أن تكون جارية ابنه أو أمّه مكاتبه فلا يجب الحدّ فيستقضى القاضي في ذلك احتيالاً لدرأ الحد.

قال: **فإذا بينوا ذلك وقالوا "رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة." وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم.**

و لم يكتف بظاهر العدالة احتيالاً للدرأ. قال ﷺ « **ادْرَؤُا الحدودَ ما استطعْتمْ** »[2] وكيفية التعديل يأتي في باب الشهادات إن شاء الله تعالى. ص[3] يحبسه حتّى يسأل عن الشهود للإتمام بالجناية. وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة. لأنّه يؤمن فيها التواري.

قال: **والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرّات في أربعة مجالس من مجالس المقرّ. كلما أقرّ ردّه القاضي.**

وإنّما شرط البلوغ والعقل. لأنّ قول الصبي والمجنون غير معتبر موجب للحدّ. وأما اشتراط الأربع فمذهبنا. وقال الشافعي يكتفي بالمرة اعتباراً بسائر الحقوق. لأنّ التكرار لا يفيد زيادة الظهور. ولنا حديث ماعز رضي الله عنه أنّه ﷺ « **أخر إقامة الحدّ إلى أن تمّ الإقرار منه أربع مرّات في أربعة مجالس** »[4] ولو ظهر بما دونها لما أخر الواجب. ولأنّ الشهادة فيه اختصّت بزيادة العدد. فكذا الإقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحرياً للستر. وإنّما اعتبر اختلاف المجالس من المقرّ. لأنّ اتّحاد مجلسه يورث شبهة اتّحاد إقراره. والاختلاف في أن يردّه كلّما [٣٧٨/أ] أقرّ فيذهب حتّى لا يراه ثمّ يجيء فيقرّ هو المروي عن أبي حنيفة ل« **أنّه ﷺ طرد ماعزاً في كلّ مرّة حتّى تواري بحيطان المدينة** »[5]

قال: **فإذا تمّ إقراره أربع مرات سأله عن الزنا. ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بيّن ذلك لزمه الحدّ.**

---

[1] البخاري الصحيح "**استئذان**" ١٢؛ مسلم الصحيح "**قدر**" ٢٠-٢١؛ أبو داود السنن "**نكاح**" ٤٤؛ أحمد بن حنبل

[2] الترمذي السنن "**حدود**" ٢؛ ابن ماجه السنن "**حدود**" ٥؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٦٦/١٠؛ الدارقطني السنن ٨٤/٣.

[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[4] نيل الأوطار ١٥٠/٧.

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣١٦/٣.

لتمام الحجّة. وقد بيّنا معنى السؤال عن الأمور الأربعة. وإنّما ترك السؤال عن الزمان في الإقرار. لأنّ تقادم العهد يمنع قبول الشهادة دون الإقرار. هـ[1] وقيل لو سأله جاز لجواز أن يكون في صباه.[2]

قال: **فإن كان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتّى يموت.**

وقالت الخوارج حدّه الجلد لقوله تعالى ﴿ **الزانية والزاني** ﴾[3] الآية. ولنا « **أنّه ﷺ رجم ماعزاً وقد أحصن** »[4] وقال ﷺ « **لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث كفر بعد إيمان وزناً بعد إحصان وقتل نفس بغير حقّ** »[5] وحديث الغامدية. وعن أبي هريرة أنّه جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال له أن[6] إبني كان عسيفاً[7] على هذا. وإنه زنى بامرأته ففديته بمائة شاة. ثمّ استفتيت أهل العلم. فقالوا على ابني الجلد. فقال ﷺ « **أما المائة الشاة فرد عليك. وأما ابنك فعليه جلد مائة وتغريب عام. اغدُ يا أنيس على امرأة هذا. فإن اعترفَتْ فارجمْها** »[8] وعليه إجماع الصحابة والفقهاء.

قال: **يخرجه إلى أرض فضاء يبتدئ الشهود برجمه ثمّ الإمام ثمّ الناس.**

كذا روى[9] عن علي رضي الله عنه في رجم شراحة الهمدانية.[10] ولأنّ الشاهد الكاذب قد يجترئ على الشهادة دون الرجم فيشترط بدايته أحتيالاً للدرأ. وقال الشافعي لا يشترط كالجلد. قلنا لا يحسن الجلد كلّ أحد فيعين الإمام من يجلده بخلاف الرجم.

قال: **فإن امتنع الشهود عن الإبتداء سقط الحدّ.**

لأنّه دلالة الرجوع. هـ[1] وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط.

يعرفها. الفقه على المذاهب الأربعة ٤٣/٥.

٣ النور ٢/٢٤

٤ البخاري الصحيح "**وكالة**" ١٣؛ مسلم الصحيح "**حدود**" ٢٥؛ ابن ماجه السنن "**حدود**" ٧؛ الترمذي السنن "**حدود**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١١٥/٤؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣١٠/٧-٣١١.

٥ أبو داود السنن "**حدود**" ٢؛ الترمذي السنن "**فتن**" ٢.

٦ ق : - أن

٧ العسيف الأجير. الجوهري الصحاح ٤٦٧/١.

٨ البخاري الصحيح "**وكالة**" ١٣؛ مسلم الصحيح "**حدود**" ٢٥؛ ابن ماجه السنن "**حدود**" ٧؛ الترمذي السنن "**حدود**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١١٥/٤؛ عبد الرزاق

الإيجاب. فتح القدير ٢٣٤/٥.

قال: **فإن كان مقرّاً ابتدأ الإمام ثمّ الناس.**

كذا روي عن علي ﵁ « **ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة** »[2] وكانت قد اعترفت بالزنا.

قال: **ويغسل ويكفن ويصلّى عليه.**

لقوله ﷺ « **اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم** »[3] ولأنّه قتل بحقّ فلا يسقط الغسل كالقصاص و« **صلّى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رجمت** »[4]

قال: **وإن لم يكن محصناً وكان حرّا فحدّه مائة جلدة.**

لقوله تعالى ﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا كلّ واحد منهما مائة جلدة** ﴾[5] غير أنّه انتسخ في حقّ المحصن لما روينا فبقى في حقّ غيره معمولاً به.

قال: **يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسّطا.**

لأن « **خير الأمور أوساطها** »[6] وعلي ﵁ لما أراد إقامة الحدّ كسر ثمرة سوطه. **هـ**[7] والمتوسّط بين المبرح وغير المؤلم لإفضاء الأوّل إلى الهلاك[8] وخلو [٣٧٨/ب] الثاني عن غرض الانزجار.[9]

قال: **وينزع عنه ثيابه.**

يعني وراء الإزار. لأنّ علياً ﵁ كان يأمر بالتجريد في الحدود. ولأنّه أبلغ في الزجر.

قال: **ويفرق الضرب على أعضائه.**

لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف. وقد شرع الجلد للزجر لا للتلف.

---

[1] ه : هداية

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٢٠/٣.

[3] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٢٧/٧؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٥٣٧/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٣٠/٣.

[4] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣١٣/٣.

[5] النور ٢/٢٤

[6] البيهقي "**السنن الكبري**" ٢٧٣/٣، "**شعب الإيمان**" ١٦٩/٥؛ ابن أبي شيبة

الانزجار. الهداية ٩٧/٢.

[9] الانزجار انزجر مثل ازدجر أي انتهى. شمس العلوم ٢٧٦٦/٥.

قال: **إلا رأسه ووجهه.**

لقوله ﷺ للجلاد « **اتّق الوجه والمذاكير** »[1] ولأنّ الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس. والوجه مجمع لمحاسن. فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب. وذلك إتلاف معنى فلا يشرع. وقال أبو يوسف يضرب الرأس أيضاً لحديث أبي بكر[2] رضي الله عنه اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً. قاله ثلاثاً. وتأويله أنّه قال ذلك فيمن أبيح قتله. وقيل قاله في حقّ حربي من دعاه الكفرة فكان قتله مستحقا. **جص**[3] **ه**[4] ويضرب في الحدود كلّه قائماً غير ممدود لقوله ﷺ « **يُضرب الرجالُ قياماً والنساءُ قعوداً** »[5] وقوله غير ممدود أي لا يلقى على الأرض ويمد. وقيل لا يمدّ بين العقابين. وقيل لا يمدّ يده حتّى يرفع السوط فوق رأسه. وقيل لا يمدّ السوط على جلده بعد الضرب. وكلّ ذلك منهي. لأنّه غير مستحقّ.

قال: **وإن كان عبداً جلده خمسين كذلك.**

لقوله تعالى ﴿ **فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب** ﴾[6] ولأنّ الرقّ منقص للنعمة منقص للعقوبة. لأنّ الجناية عند تكاثر النعم أفحش وأعظم فكان ادّعى إلى التغليظ.

قال: **فإن رجع المقرّ عن إقراره قبل إقامة الحدّ أو في وسطه قبل رجوعه وخلّى سبيله.**

وقال ابن أبي ليلى والشافعي يحدّ. لأنّه وجب بإقراره فلا يسقط برجوعه كالقصاص. وحدّ القذف وسائر الحقوق. ولنا أن الرجوع خبر محتمل الصدق كالإقرار ولا يكذبه فيه أحد فيتحقّق الشبهة في الإقرار بخلاف سائر الحقوق لوجود من يكذبه.

قال: **ويستحبّ للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع ويقول**[7] **"لعلك لمست أو قبلت."**

---

1 أبو داود السنن **"حدود"** ٢٤؛ النسائي السنن الكبرى **"حدود"** ١٧-٢٩٢/٤؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

قعودا. ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام

أبلغ فيه. البحر الرائق

مذهبنا. بدائع

الصنائع ٥٩/٧.

3 جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

4 ه : هداية

5 البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٢٧/٨؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٣٢/٣.

6 النساء ٢٥/٤

7 ف : + له

لقوله ﷺ لماعز بن مالك « **لعلك لمستها أو قبلتها** »[1] ص[2] وينبغي أن يقول له الإمام "لعلك تزوّجتها أو وطئتها بشبهة."

قال: **والرجل والمرأة في ذلك سواء.**

لإطلاق النصّ

قال: **غير أنّ المرأة لا يترع عنها من ثيابها إلا الفرو والحشو.**

لأنّها عورة. وإنّما يترع عنها الفرو والحشو ليحصل مصلحة الزجر.

قال: **وإن حفر لها في الرجم جاز**

ل« **أنّه ﷺ حفر للغامدية إلى ثندوتها**[3] »[4] وعلي رضي الله عنه حفر لشراحة الهمدانية. وإن ترك الحفر جاز. والحفر أولى. لأنّه أستر. ولا يحفر للرجل لحديث ماعز رضي الله عنه.

قال: **ولا يقيم المولى الحدّ على عبده إلا بإذن [٣٧٩/أ] الإمام.**

وقال الشافعي له إقامته بغير إذن الإمام كالتعزير. ولأنّ ولايته عليه أكمل من ولاية الإمام. ولنا قوله ﷺ « **أربع إلى الوُلاة** »[5] وذكر منها الحدود. ولأنّه حقّ الله تعالى. وكان استيفاؤه إليه. ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد بخلاف التعزير. لأنّه حقّ العبد. ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه.

قال: **فإن رجع أحد الشهود بعد الحكم قبل الرجم ضربوا الحدّ وسقط الرجم.**

لأن الإمضاء من القضاء. لأنّه المقصود. وبهذا لا يحتاج إلى قضاء في كلمة أو ما يجري مجراه فكان الإمضاء هو القضاء. وقال محمد حدّ الراجع وحده. لأنّه لا يصدق على أصحابه. ك[6] وإن رجع أحدهم قبل الحكم يحدون عندنا. وقال زفر بحدّ الراجع وحده. لأنّه لا يصدق إلا في حق نفسه. ولنا أن نقصان القدر كنقصانه في الابتداء كردة أحدهم.

---

[1] البخاري الصحيح **"حدود"** ١٣؛ الدارقطني السنن ١٢١/٣؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢٧٠/١؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٢٥/٣.

[2] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[3] الثندوة بفتح الثاء غير مهموزة بوزن الترقوة وهي مغرز الثدي. الجوهري الصحاح ٩٠/١.

[4] الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٢٥/٣.

[5] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥٠٦/٥؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

[6] : الكفاية للبيهقي

قال: **فإن رجع بعد الرجم حدّ الراجع وحده وضمن ربع الدية.**

لأنّه صار قاذفاً للحال بالشهادة السابقة. وإنّما يضمن الربع لحصول التلف بأربعة هو أحدهم.

قال: **وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدّوا.**

لأنّهم قذفه. **ك**[1] إذا طلب المشهود عليه ذلك. وكذلك لو شهِد أربعة في مجـــالس لا في مجلـــس واحد. وقال الشافعي لا يحدّون لأنّه جاؤوا محتبسين لا قاذفين. ولنا ما روي أنّه شهد ثلاثة على المغيرة بن شعبة رضي الله عنه عند عمر رضي الله عنه بالزنا فقام زياد[2] وكان الرابع فقال رأيت أقداماً بادية وأنفاساً عالية وأمراً منكراً. ولا أعلم ما وراء ذلك فحدّ عمر رضي الله عنه الشهود الثلاثة بمحضر من الصحابة. **شط**[3] **جص**[4] ولو وجد بعـــد الحدّ أحدهم عبداً أو محدوداً في قذف يحدون لتبيّنه أنّهم كانوا ثلاثة. فإن وجدوا فسّاقاً لم يحدّوا. لأنّ لهم أداء. ولو وجدوا عمياناً أو عبيداً أو محدودين حدّوا. لأنّه لا شهادة لهم. ولو شهد خمسة فرجع أحـــدهم بعد الرجم لا شيء عليه لبقاء الحجّة. فإن رجع آخر غرما ربع الدية لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء الثلاثـــة.[5] فإن المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع. ولو شهدوا أنّه زنى بفلانة وهي غائبة يحدّ بخلاف السرقة من الغائب لاشتراط الدعوى ثمة. فإن شهدوا أنّه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدوا. ولو أقرّ بذلك تحـــدّ. ولـــو اختلفوا في المزني بها أو في الزمان أو في المكان لم تقبل. ولم يحدوا في الحالين. ولو اختلفوا في الثوب الـــذي

---

١ ك : الكفاية للبيهقي

، الاسلاموأول

الزركلي الأعلام ٣/٥٣.

٣ شط : شرح الطحاوي

٤ حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٥ ولو رجع أحد الشهود بالزنا بعد الرجم فإنه يحد حد القذف لأن شهادته صارت قذفا بإقراره ويغرم ربع الدية لبقاء ثلاثة أرباع بثلاثة شهود وإن رجع آخر فكذلك. تحفة الفقهاء ٣/٣٦٨.

كان عليهما وقت الزنا أو في لونه أو في طول المزني بها وقصرها أو في سمنها وهزالها لم يضـــره.[1] لأنّهـــم اختلفوا فيما لا يحتاجون إليه.

قلت وهذا أصل جليل حسن أن الشهود [٣٧٩/ب] متى[2] اختلفوا فيما لا يحتـــاجون إليـــه لا يضرّهم[3] ذلك.

١.١.٥٠ فصل في الإحصان

قال: **وشرط الإحصان أن يكون حرّا عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهم على صفة الإحصان حتّى لو كانت أمة أو صغيرة أو مجنونة أو كتابيّة لا يكون[4] محصناً.**

لتكامل النعمة بهذه الصفات الخمس والاستغناء عن الحرام. وعن أبي يوسف[5] يصير محصناً بالكتابة. لأنّ وطئها كامل. ولهما قوله ﷺ « **لا تحصِن المسلمَ اليهوديةُ ولا النصرانيةُ ولا الحرّ الأمة ولا الحرّة العبد** »[6] وقال الشافعي الإسلام ليس بشرط. ل« **أنّه** ﷺ **رجم يهوديين** »[7] ولنا أنّه كان في الابتداء الإسلام. ثمّ نسخ لقوله ﷺ « **من أشرك بالله فليس بمحصن** »[8]

قلت وقوله ودخل بها وهما على صفة الإحصان إشارة إلى أنّه لو كانت منكوحته كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة وقت الدخول ثمّ زال ذلك الوصف لا يكون محصناً. **شط**[9] إلا أن يطأها بعد زوال هذه الصفات. ولو أنكر المحصن الدخول في النكاح وله امرأة ولدت منه يرجم. ولو أقرّ بالدخول ثبت إحصانهما. ولو أقرّ به أحدهما ثبت في حقّه دون الآخر. والإحصان ثبت بشهادة رجل وامرأتين خلاف زفر. ويسأل شهود الإحصان ما هو؟ وكيف هو؟ فإن ذكر الشرائط وقالا دخل بها كفاه. لأنّ الدخول بها لا يستعمل إلا للوطئ خلاف محمد. لأنّه يستعمل للزيادة.

---

[1] التمرتاشي. الفتاوى الهندية ١٥٣/٢.

[2] ق : إذا

[3] ق : لم يضرهم

[4] ق : لا يصير

[5] ق : + أنه

[6] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٣٦/٥؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٠٨/٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٣٨/٣.

[7] ابن ماجه السنن "**حدود**" ١٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٩٠/٧.

[8] الدارقطني السنن ١٤٧/٣؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٣٦/٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٣٧/٣.

[9] شط : شرح الطحاوي

قال: **ولا يجتمع في المحصن بين الجلد والرجم.**

لأنّه ﷺ لم يجمع بينهما. ولأنّ الرجم أقصى العقوبات. ويهلك به فيخلو الجلد عن مصلحة الزجر.

قال: **ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي.**

وقال الشافعي يجمع بينما حداً لقوله ﷺ « **البكر بالبكر جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ** »[1] ولأنّ فيه حسم باب الزنا لقلّة المعارف في الغربة.[2] ولنا قوله تعالى ﴿ **فاجلدوا**[3] ﴾[4] جعل الجلد كلّ الموجب بدلالة حرف الفاء للجزاء. ولأنّ في التغريب فتح باب الزنا لزوال منع العشائر والاستحياء منهم. والحديث انتسخ كشطره الآخر. وهو قوله ﷺ « **الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة** »[5]

قال: **إلا أن يرى الإمام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى.**[6]

وذلك تعزير وسياسة. لأنّه قد لا يتزجر إلا به.

قال: **وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم.**

لأن إتلافه مستحقّ. فلا يمتنع بسبب المرض.

قال: **وإن كان حدّه الجلد لم يجلد حتّى يبرأ**

حتى لا يفضي إلى الهلاك. وإنه غير مستحقّ. ولهذا لا يقطع عند شدة الحرّ أو البرد.

قال: **وإذا زنت الحامل لم تحدّ [٣٨٠/أ] حتّى تضع حملها.**

---

١ مسلم الصحيح **"حدود"** ١٢؛ أبو داود السنن **"حدود"** ٢٣؛ الترمذي السنن **"حدود"** ٨؛ ابن ماجه السنن **"حدود"** ٧؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٤٧٦/٣؛ عبد الرزاق

موضعه. الهداية ٩٩/٢.

٣ ف : + كل واحد منهما

٤ النور ٢/٢٤

٥ مسلم الصحيح **"حدود"** ١٢؛ أبو داود السنن **"حدود"** ٢٣؛ الترمذي السنن **"حدود"** ٨؛ ابن ماجه السنن **"حدود"** ٧؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٤٧٦/٣-٣١٣/٥؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٣٢٩/٧.

٦ ق : - قدر ما يرى

كيلا يؤدّي إلى هلاك نفس محترمة وهو الولد. ولأنّ الغامدية لما أقرّت بالزنا وهي حامل. قال ﷺ « **إذهَبي حتّى تضَعي ولدَكِ** »[1] وهمّ عمر رضي الله عنه برجم الحامل. فقال علي رضي الله عنه « **إن كان لك عليها سبيلٌ فلا سبيل لك على ولدها** »[2]

قال: **وإن كان حدّها الجلد فحتى يتعالى عن نفاسها**

أي يخرج. لأنّه مرض والمريض يؤخر إلى البرء. وروي عن أبي حنيفة حتّى يستغني عنها ولدها إذ لم يكن له أحد يقوم بتربيته.

قال: **وإن كان حدّها الرجم رجمت.**

كما مرّ.

قال: **وإذا شهِد الشهود بحدّ متقادم لم يقطعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم يقبل شهادتهم إلا في حدّ القذف خاصة.** جص[3]

وإذا شهدوا بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يحدّ وضمن السرقة. والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم خلافاً للشافعي كالإقرار وسائر الحقوق. ولنا أن الشاهد مخيّر بين حسبتين أداء الشهادة والستر. ثمّ التأخير إن كان لاختيار السير فالشهادة بعد ذلك لضغينة[4] حملته وعداوة حركته ظاهراً فيهم فيها ولا شهادة لمتهم.[5] وإن كان تأخيره لا للستر يصير فاسقاً آثماً. ولا شهادة لفاسق فيتحقّق المانع بالتقادم بيقين. فلا تقبل بخلاف الإقرار. لأنّ المرء لا يعادي نفسه. وحدّ الزنا والخمر والسرقة خالص حقّ الله تعالى بدليل صحّة الرجوع عنها بعد الإقرار. وكان التقادم فيها مانعاً. وحدّ القذف فيه حقّ العبد حتّى لا يصحّ الرجوع عنه. وكذا سائر الحقوق. ولأنّ التأخير فيها كان لعدم الدعوى فلا يفسق على أن السرقة تقام سرّاً. فيجب على الشاهد إعلامه فيفسق بتركه وكتمانه. ه[6] ثم التقادم كما يمنع قبول

---

[1] مسلم الصحيح **"حدود" ٢٤**؛ أبو داود السنن **"حدود" ٢٥**؛ الترمذي السنن **"حدود" ٩**؛ النسائي السنن الكبرى **"جنائز" ٦٤**؛ أحمد بن حنبل **"المسند" ٤/٤٢٩.**

[2] ابن أبي شيبة **"مصنّف" ٥/٥٤٣**؛ الدارقطني السنن **٣/٣٢٢**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٧/٤٤٣.**

[3] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[4] الضغن و الضغينة الحقد. الجوهري الصحاح

[5] إجماعا. بدائع الصنائع ٧/٤٦.

[6] ه : هداية

الشهادة في الابتداء يمنع الحدّ بعد القضاء عندنا خلاف زفر. حتّى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحــدّ ثمّ أخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه الحدّ. واختلف في حدّ التقادم فأشار في الجامع. والطحاوي في كتابه إلى ستّة أشهر. وأبو حنيفة فوضه إلى رأي القاضي في كلّ زمان. وعن محمد أنّه مقدّر بشهر. وهو رواية عــن أبي حنيفة وأبي يوسف. وهو الأصحّ. ولو كان بينهم وبين القاضي مسيرة شهر تقبل. لأنّ التأخير للعذر. والتقادم في حدّ الشرب كذلك عند محمد. وعندهما بزوال الرائحة على ما يأتي. **شط**[1] قال شــهود الزنــا تعمّدنا النظر فرأينا ذكره في فرجها تقبل. لأنّه أطلق لهم فيه لإقامة الحسبة. وكذا عند الضــرورة. وهــي الاحتقان [٣٨٠/ب] والختان والمداواة والولاد واستكشاف البكارة والعيب والردّ به. فإن وجدت امرأة تفعل ذلك بها[2] فهي أولى من الرجل والاستر ما وراء موضع الضرورة. وكان أبو حنيفة يرى الحمامي النظر إلى العورة كالختان. وعن بعض المتقدمين يجوز النظر إلى الفخذ. ومنهم من أباح كشف العورة في الحمام.

قال: **ومن وطئ أجنبية دون الفرج عزر.**

لأنّه محرم وليس بزنا.[3]

قال: **ولا حدّ على من وطئ جارية ولده وولد ولده. وإن قال "علمت أنّها عليّ حرام." وإذا وطئ جارية أبيه أو أمّه أو زوجته أو وطئ العبد جارية مولاه وقال "علمت أنّها حرام" حدّ. وإن قال "ظننت أنّها تحلّ لي" لم يحدّ.**

والأصل فيه أن الوطئ الموجب للحدّ الزنى. والزنى في عرف الشرع واللسان وطئ الرجل امرأة في القبل في غير الملك. وشبهة الملك دلّ عليه قوله ﷺ « **ادرؤا الحدودَ بالشبهات** »[4] ثمّ الشبهة نوعان شبهة حكمية وهي شبهة الملك. وشبهة اشتباه وهي الشبهة في الفعل. فالأولى تثبت في المحلّ لقيام الدليل النافي للحرمة فيه في ذاته. ولا يتوقّف على ظنّ الجاني الإباحة. والثانية تتحقّق في حقّ من اشتبه عليه. لأنّ معناه أن يظنّ غير الدليل دليلاً. ولا بدّ من الظنّ ليتحقّق الاشتباه. والحدّ يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث. والنسب يثبت في الأولى إذا ادّعى الولد. ولا يثبت في الثانية وإن ادعاه وصدقته. لأنّ الفعل تمحض زنا فيها دون الأولى فالشبهة في المحلّ في ستّة مواضع. جارية ابنه[5] والمطلّقة بائناً بالكنايات والجارية المبيعة في حقّ البائع قبل التسليم والممهورة في حقّ الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حقّ المرتهن في

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] ق : - بها

[3] ق : - قال ومن وطئ أجنبية دون الفرج عزر. لأنّه محرم وليس بزنا

[4] أبو داود السنن **"حدود"** ٢٤؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢١٦/٥؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥٣٨/٥.

[5] ق : ولده

رواية كتاب الرهن فلا يجب الحدّ في هذه الستّة. وإن قال "علمت أنّها حرام" للأدلة النافية فيها للحرمة. **ه**[1] ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد. وإن كان متّفقاً على تحريمه. وهو عالم به كنكاح المحارم. وعند الباقين لا تثبت. وشبهة الاشتباه تثبت في ثمانية موضع. جارية أبيه وأمّه وزوجته والمطلّقة ثلاثاً وهي في العدّة وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدّة وأمّ ولده أعتقها وهي في العدّة وجارية مولاه والجارية المرهونة في حقّ المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الأصحّ. والمستعير للرهن فيه بمترلة المرتهن. ففي هذه المواضع لا يحدّ إذا قال "ظننت أنّها تحلّ لي." وإذا قال "علمت أنّها حرام عليّ" حدّ [٣٨١/أ] لعدم الاشتباه. **قد**[2] **شح**[3] **شس**[4] المختلعة ينبغي أن تكون كالمطلّقة ثلاثاً لحرمتها إجماعاً. وفي جمع النسفي لا حدّ عليه. وإن علم حرمتها لاختلاف الصحابة في كونه بائناً. وكذا لو وطئ امرأته. وقد ارتدّت أو طاوعت ابن زوجها أو زنى بأمّها أو بنتها. **شط**[5] وفي الشافعي بدعوى المرأة الشبهة يسقط الحدّ عن الرجل في ظاهر الرواية. **ع**[6] تسقط خلاف أبي حنيفة. وفي شرح النوباغي[7] يثبت النسب في المطلّقة ثلاثاً.[8] لأنّه وطئ بشبهة العقد. وذلك كاف لثبوت النسب. **شب**[9] تزوّج بمحرمة أو معتدّة الغير أو منكوحته ووطئها وقال "ظننت أنّها تحلّ لي" لا تحدّ ويعزر. وإن قال "علمت حرمتها" فكذلك عند أبي حنيفة خلافهما. مكلّف زنى بصبية أو مجنونة أو نائمة حدّ ولا حدّ عليها. ولو زنى صبي أو مجنون بمكلّفة بالغة فلا حدّ عليه. ولا عليها خلافاً لزفر والشافعي فيها. أمة دعت صبيًّ فزنا بها يضمن المهر. لأنّ أمرها لم يصحّ. وكذا الصبي لو زنا بصبية. وكذا لو كاتب بالغة مكرهة. وفي فتاوى الفضلي مراهق تزوّج بالغة بغير إذن أبيه ووطئها ورد الأب النكاح فلا مهر على الصبي. لأنّ قوله غير معتبر.

قال: **ومن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال "ظننت أنّها حلال" حدّ.**

لقلّة الانبساط فيما بينهما. وكذا سائر المحارم.

---

[1] ه : هداية
[2] قد : شرح قدوري كبير
[3] شح : شمس الأئمة الحلواني
[4] شس : شرح السرخسي
[5] شط : شرح الطحاوي
[6] ع : عيون المسائل للسمرقندي
[7] لم أجد هذا الشرح
[8] [illegible]
[9] [illegible] بكر خواهر زاده

قال: **ومن زفّت إليه غير امرأته وقلنَ النساء "أنّها زوجتك" فوطئها فلا حدّ عليه وعليه المهر**

بذلك قضى علي ﵁ وبالعدّة لوجود الإخبار في موضع الاشتباه. ويثبت النسب. ولا يحدّ قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف لعدم الملك حقيقة.

قلت سألني بعض أصحابي أنّه كيف يستقيم قوله وقلن النساء وهذا ضمير جماعة النساء قبل ذكرهنّ.

قلت هو شائع في كلام العرب. قال الله تعالى ﴿ **وأسرّوا النجوى الّذين ظلموا** ﴾[1] وقال الطحاوي لو كانت الأرزاق تجري على الحجا ~ هلكن إذاً من جهلهنّ البهائم.

قال: **ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحدّ.**

لعدم الاشتباه عليه بعد طول الصحبة فلم يكن ظنّه مستنداً إلى دليل. هـ[2] وكذا لو كان أعمـــى. لأنّه يمكنه التميّز بالسؤال وغيره إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت "أنا زوجتك." لأنّ الإخبار دليل.

قال: **ومن تزوّج امرأة لم يحلّ له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحدّ**

عند أبي حنيفة. ولكن يوجع عقوبة إذا علم بذلك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحدّ إذا كان عالماً بذلك. لأنّه عقد لم يصادف محلّه فيلغو لأنّ محلّ الشيء ما يقبل حكمه وهو الحل. [٣٨١/ب] وهي من المحرّمات. ولأبي حنيفة أنّه صادف محلّ. لأنّ محلّ التصرّف ما يقبل مقصوده. والأنثى من بني آدم محلّ اقتضاء الشهوة والتوالد. وكان ينبغي أن ينعقد في حقّ جميع الأحكام. لكنّه تخلف لمانع فأورث الشبهة. لأنّ الشبهة[3] هي الدليل الذي تخلف عنه المدلول. لأنّ الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت. وقد مرّ تمامه قبل ذلك.

قال: **ومن أتى امرأة في الموضع المكروه[4] أو عمِل عمل قوم لوطٍ فلا حدّ عليه عند أبي حنيفة ويعزر. وقالا هو كالزنى فيحدّ.**

وهو أحد قولي الشافعي وفي قول يقتلان بكلّ حال لقوله ﵇ « **اقتلوا الفاعل والمفعول** »[5] وروي « **فارجموا الأعلى والأسفل** »[1] جص[2] عند أبي حنيفة يعزر. ويودع السجن لهما أنّه قضاء الشهوة في

---

١ الأنبياء ٣/٢١

٢ ه : هداية

٣ ق : - لأنّ الشبهة

٤ البيهقي **"السنن الكبرى"**

أبو داود السنن **"حدود"** ٢٩؛ الترمذي السنن **"حدود"** ٢٤؛ ابن ماجه السنن **"حدود"** ١٢.

محلّ مشتهى على الكمال. وقد تمحض حراماً لقصد سفح الماء فكان كالزنى ولما مرّ من الأمر بالرجم. وله أنّه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار مع اتّفاقهم بموجب الزنا. ولا هو في معنى الزنا. لأنّه ليس فيه إضاعته الولد واشتباه الإنسان. ولأنّه أندر وقوعاً لعدم الداعي من أحد الجانبين. **شط**[3] ولا يجب بها[4] العقر ولا العدّة في النكاح الفاسد ولا في المأتي بها بشبهة ولا الحلّ للزوج الأوّل في النكاح الصحيح.[5] **شب**[6] ولا الرجعة ولا حرمة لمصاهرة عند الأكثر. ولا الكفّارة في رمضان في رواية. وفي الشافي لو فعل ذلك بعبده أو أمته أو منكوحته لم يحدّ إجماعاً. وفي الروضة الخلاف في الغلام وفي المرأة يحدّ بالاتّفاق وفي الشافي والقاذف بها لا يحدّ خلافاً لهما. وكذا قذف امرأته بها لم يلاعن خلافهما. وعن الصفار يكفر مستحلّها عند الجمهور. **شذ**[7] قال أبو ذرّ لا يكفر لخلاف حُكي فيه. والله تعالى أعلم بحاله في الفسق. **شط**[8] والمحكى في الزوجة والأمة عن نافع ومالك وابن أنس وابن القرطي[9] ورواية عن ابن عمر ﵄ وبعض أصحاب الشافعي وفيه آثار. ويستحلّ بتأويل القرآن. وهو مذهب الشيعة والإمامية. وعن ابن القرطي أنّه سمع الشافعي يقول ما صحّ عن النبي ﷺ في تحريمه ولا في تحليله شيء. والقياس أنّه حلال. وعن مالك ما أدركت أحداً اقتدى به في ديني

---

[1] أبو داود السنن **"حدود"** ٢٩؛ الترمذي السنن **"حدود"** ٢٤؛ ابن ماجه السنن **"حدود"** ١٢؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١/٣٠٠.

[2] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] شط : شرح الطحاوي

بينا. البحر الرائق ٥/١٨.

[6] شب : شرح بكر خواهر زاده

[7] شذ : شرح أبي ذر

[8] شط : شرح الطحاوي

شكّ أنّه حلال. وفي الغسل بنفس الإيلاج اختلاف. قيل لا يجب عند أبي حنيفة خلافهما. **شج**[1] يجب عند أبي يوسف. والصحيح من مذهبهما أنّه لا يجب. **شس**[2] الوجوب مجمع عليه على الفاعل والمفعول.

قال: **ومن وطئ بهيمة فلا حدّ عليه.**

لأنّه ليس في معنى الزنى في كونه جناية وفي الداعي إليه. لأنّ [٣٨٢/أ] الطباع السليمة تنفر عنه. والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق. ولهذا لا يجب ستره ويعزر. **هـ**[3] والذي يروي أنّه يذبح البهيمة ويحرق بالنار فذاك لقطع التحدث به. وليس بواجب.[4] **جس**[5] **جت**[6] أتى بهيمة ذبحت. ويكره الانتفاع بها في حياتها وموتها. وأطلق الطحاوي أنّها إذا كانت له ذُبحت ولم تؤكل. وعن أبي يوسف أنّها لا تحرق إذا كانت تؤكل. **جس**[7] كان أبو عبد الله الجرجاني يقول قول أصحابنا تذبح وتحرق على وجه الاستحباب. لأنّه مستخبث عادة. **جت**[8] إذا كانت تؤكل تذبح ثمّ تؤكل عند أبي حنيفة ولا تحرق. وعند أبي يوسف تحرق. وأتى عمر رضي الله عنه برجل أتى بهيمة فلم يحدّه وأمر بها فأحرقت في النار. والتحريق بعد الذبح. ولو كانت لغيره يضمن القيمة ثمّ يذبح فتحرق. **ط**[9] في غريب الرواية المعلّى عن أبي يوسف أتى بهيمة فلا غسل عليه إلا أن يترل ويعزر وتذبح ثمّ تحرق عند أبي حنيفة وأبي يوسف. **شس**[10] الإحراق[11] غير واجب. لكنّها تذبح وتؤكل. وقالا تحرق ويضمن الفاعل القيمة.

قال: **ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثمّ خرج إلينا لم يقم عليه الحدّ.**

وقال الشافعي يقام لالتزامه أحكامنا بإسلامه ولنا قوله عليه السلام «**لا تقامُ الحدودُ في دار الحــرب**»[12] ولأنّه عار عن غرض الانزجار لانقطاع ولاية الإمام فيهما. **جص**[13] **هـ**[1] مستأمن زنى بذمّيّة أو ذمّيّ زنى

---

[1] شج : شرح الجلالي

[2] شس : شرح السرخسي

أجناس الناطفي

[6] جت : جمع التفاريق للبقالي

[7] جس : أجناس الناطفي

[8] جت : جمع التفاريق للبقالي

[9] ط : المحيط

[10] شس : شرح السرخسي

[11] ق : بالنار

[12] البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٠٥/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٤٧/٣.

[13] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

بحربيّة يحدّ الذمّيّ والذمية دون الحربي. وهو قول محمد أيضاً في الذمّيّ زنى بحربية. ولو زنى حربي بذمية لا يحدّان عنده. وهو قول أبي يوسف الأوّل ثمّ قال كلّهم يحدّون. ولو زنى صحيح بمجنونة أو مراهقة حدّ الرجل خاصّة بالإجماع. ولو أقرّ أربعاً أنّه زنى بفلانة. وقالت هي تزوّجني أو على العكس فلا حدّ عليهما وعليه المهر. ط[1] وكذا لو قال "اشتريتها" سواء كانت حرّة أو أمة أو قال "اشتريت هذه الأمة" وصاحبها بالخيار وقال هو "لم أبعها" لم يحدّ. ولو زنى بجارية فقتلها بفعله فعليه الحدّ والقيمة خلاف أبي يوسف في الحدّ. شط[3] اقتصّ بكراً بالغة بالزنا فأفضاها بلا دعوى شبهة من أحدهما يحدّان ولا عقر. وإن ادّعى الشبهة لم يحدّ. ويجب العقر ثمّ إن كانت[4] تستملك البول بالإفضاء يجب ثلاث الدية مع العقر. وإلا فالدية دون العقر. وعند محمد مع العقر. وإن كان الإفضاء بخشبة أو أصبع فكذلك الجواب إلا في خصلة واحدة. وهو أن أرش الإفضاء يجب في ماله. لأنّه عمد بخلاف الذكر.[5] [٣٨٢/ب]

---

[1] ه : هداية
[2] ط : المحيط
[3] شط : شرح الطحاوي
[4] ق : - إن كانت
[5] ق : + والله أعلم



٥٠ . ٢ باب حدّ الشرب

قال: **ومن شرب الخمر فأُخذ وريحها موجود فشهد الشهود بذلك عليه أو أقرّ فعليه الحدّ.**

أو جاء به سكران. لأنّ جناية الشرب قد ظهرت و لم يتقادم العهد فيحدّ لقوله ﷺ « **من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه** »[١]

قال: **وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحدّ.** هـ[٢]

عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يحدّ فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتّفاق غير أنّه مقدّر بالزمان عنده كالزنا. لأنّ التأخير إنّما يتحقّق بمضي الزمان. والرائحة مشتركة الدلالة. وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه « **فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه** »[٣] ولأنّ قيام الأثر من أقوى الدلالة على القرب وصير إلى الزمان في الزنا لتعذّر اعتبار الأثر. والروائح أنّما يشتبه على الجهّال دون البصراء. وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في الزنا. وعندهما لا يقام الحدّ إلا بعد الرائحة. لأنّ حدّ الشرب ثبت بإجماع الصحابة. ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط وهو قيام الرائحة. وإن أخذه الشهود وريحها يوجد منه أو سكران فلما ذهبوا به إلى مصر فيه الإمام فانقطع رائحته حدّ في قولهم. لأنّه عذر كبعد المسافة في حدّ الزنا.

٥٠ . ٢ . ١ فصل في من سكر من النبيذ

قال: **ومن سكر من النبيذ حدّ.**

---

١ أبو داود السنن **"حدود"** ٣٧؛ الترمذي السنن **"حدود"** ١٦؛ النسائي السنن الكبرى **"أشربة"** ٤٢.

٢ ه : هداية

٣ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٣٧٠/٧؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٥١/٣.

لأن عمر رضي الله عنه أقام الحدّ على النصراني سكر من النبيذ. ولأنّه محرم. فأشبه الخمر. قال عليه السلام « **حُرّمت الخمرُ لعينِها قليلُها وكثيرُها والمسكِرِ من كلّ شرابٍ** »[1]

قال: **ولا حدّ على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها.**

لأن الرائحة محتملة والشرب قد يقع عن إكراه وإضطرار.

قال: **ولا يحدّ السكران حتّى يعلم أنّه سكر من النبيذ وشربه طوعاً.**

لأنّه قد يسكر من المباح. فإن من أكل العنب ووقف في الشمس يسكر. والسكر من المباح لا يوجب الحدّ كالبنج ولبن الرماك. وكذا سكر المكره.

قال: **ولا يحدّ حتّى يزول عنه السكر**

تحصيلاً لمصلحة الزجر.

٥٠. ٢. ٢ فصل في حد الخمر

قال: **وحدّ الخمر والسكر في الحرّ ثمانون سوطاً.**

لإجماع الصحابة. وعن علي رضي الله عنه أنّه قال « **من سكر هَذى ومَن هذى افترى وحَدُّ المفتَرين في كتاب الله تعالى ﴿ ثمانين جلدة ﴾**[2] »[3] قاله حين جلد عمر رضي الله عنه في السكر أربعين فدخل عليه خالد رضي الله عنه وقال الناس قد انهمكوا في الشراب فاستشار الصحابة حوله في الحدّ. فقال ذلك فعمل بقوله باتّفاق الصحابة. وقال عبد [٣٨٣/أ] الرحمن رضي الله عنه تجعله كأحد الحدود وأخفّها ثمانون. وقال الشافعي حدّه أربعون. وإن ضمّ الإمام إليه أربعين على طريق التعزير جاز لما روي « **أنّه عليه السلام جلد فيه أربعين وأبو بكر رضي الله عنه جلد فيه أربعين** »[4] قلنا روي أبو سعيد الخدري رضي الله عنه « **أنّ النبيّ عليه السلام جلد في الخمر بفعلين أربعين أربعين** »[5] وروي أن أبا بكر رضي الله عنه جلد فيها أربعين بجريدتين فاتفق العدد. واختلف الوصف على أنّه روي

---

١ الدارقطني السنن ٢٥٦/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٩٧/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٦٣/٤.

٢ النور ٢٤/٤

٣ الدارقطني السنن ١٦٦/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٧٨/٧؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٢٠/٨.

٤ البخاري الصحيح "**حدود**" ٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣١٨/٨؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٣٧٩/٧.

٥ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤١٩/١٤؛ البيهقي "**شعب الإيمان**" ١٨/١٠.

« أنّ النبيّ ﷺ جلد أربعين وأبو بكر ؓ أربعين وعمر ؓ أربعين »[1] ثمّ لما استشار الصحابة وجلد باتّفاقهم ثمانين. ولا يجوز أن يختار عمر ؓ بعد هذه الروايات إلا ما يقرر عليه الشرع على أن الإجماع المتأخّر حجّة كافية وافية راجحة على تلك الروايات. فإن قلت يجوز أن يزيد عمر ؓ الأربعين تعزيراً. قلت لا يجوز الزيادة على حدود الله تعالى بدون البيان على أنّه لا يجمع بين الحدّ والتعزير إلا بعد وجود سببهما و لم يرو وذلك فيه. والأصل وظاهر الحال ينفيان ذلك.[2]

قال: **ويفرق على بدنه كما ذكرنا في الزنا. وإن كان عبداً فحدّه أربعون.**

لأن الرقّ منصف للنعم والنقم على ما عرف.

قال: **ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر ثمّ رجع لم يحدّ.**

لأن الرجوع يحتمل الصدق والكذب كالإقرار فكان شبهة.

٥٠. ٢. ٣ فصل في ثبوت الشرب

قال: **ويثبت الشرب بشهادة شاهدين أو بإقراره مرّة واحدة.**

وعن أبي يوسف أنّه يشترط فيه الإقرار مرّتين. وهو نظير الاختلاف في السرقة. وهو قول زفر. لأنّه حدّ فيعتبر فيه الإقرار بعدد الشهود كما في حدّ الزنا. ولنا أن كلّ ما يثبت بشهادة شاهدين يثبت بالإقرار مرّة كسائر الحقوق.

قال: **ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال.**

لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان. والبدل لا يجري في الحدود ككتاب القاضي إلى القاضي وشهادة الفروع. جص[3] ه[4] والسكران الذي يحدّ يعني بسبب سكره هو الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا[5] كثيراً. ولا يعقل الرجل من المرأة عند أبي حنيفة أخذاً بالأقصى احتيالاً لدرء الحدّ. وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه. لأنّه السكران في العرف. وإليه مال أكثر المشايخ. والمعتبر في القدح المسكر[6] في حقّ

---

١ أبو داود السنن **"حدود"** ٣٧؛ الدارقطني السنن

: الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٤ ه : هداية

٥ ق : أو

٦ ق : للسكر

الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط. والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيه وحركاته وأطرافه. وهـــذا يتفاوت في السكارى فلا معنى لاعتباره. ولا يحدّ السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال [٣٨٣/ب] الكذب في إقراره بخلاف حدّ القذف. لأنّ فيه حقّ العبد فجعل السكران فيه كالصاحي كمـــا في ســـائر تصرّفاته. ولو ارتدّ السكران لا تبين امرأته. لأنّ الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقّق مع السكر.

قلت هذا من أهمّ الواقعات في زماننا. فلا بدّ من حفظه.[١]

---

[١] ق : + والله أعلم



٥٠. ٣ باب حدّ القذف

قال: **إذا قذف رجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالبه المقذوف بالحدّ حدّه الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حرّا.**

لقوله تعالى ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة** ﴾[1] والمراد بالرمي الرمي بالزنا بالإجماع وبدلالة قوله تعالى ﴿ **ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء** ﴾[2] وإنّما يشترط الأربعة في الزنا. ويشترط مطالبة المقذوف. لأنّه حقّه لدفع العار عنه.

قال: **يفرق على أعضائه.**

لما مرّ في الزنا.

قال: **ولا يجرد من ثيابه.**

لأن سببه غير مقطوع به فيخفّف فيه بخلاف حدّ الزنا.

قال: **غير أنّه يتزع عنه الفرو والحشو.**

لأنّ ذلك يمنع إيصال الألم به.

قال: **وإن كان عبداً جلده أربعين.**

لمكان الرقّ. ط[3] كلّ من قذف غيره بفعل يوجب حدّ الزنا على المقذوف لو ثبت وجب عليه حدّ القذف إذا كان من أهل العقوبة حتّى لا تجب على الصبي والمجنون. وإن لم يكن ذلك الفعل موجباً حدّ الزنى لا يجب الحدّ على قاذفه به.

---

[1] النور ٢٤/٤

[2] النور ٢٤/٤

[3] ط : المحيط

٥٠. ٣. ١ فصل في إحصان القذف

قال: **والإحصان أن يكون المقذوف حرّا بالغاً عاقلاً مسلما عفيفاً عن فعل الزنا.**

وإنما شرط هذه[1] الخمسة. أما الحرّية فلأن الرقين لا يسمّى محصناً. قال الله تعالى ﴿ **فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب** ﴾[2] أي الحرائر. وأما العقل والبلوغ لأنّ العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقّق فعل الزنا منهما جزماً أو غالباً ولعدم وقوفهما على نهاية قبحه. وأما الإسلام فلقوله عليه السلام « **من أشرك بالله فليس بمحصن** »[3] وأما العفة فلأن غير العفيف لا يلحقه العار والقاذف صادق فيه.

قال: **ومن نفى نسب غيره فقال "لست لأبيك" أو "يا ابن الزانية" وأمّه ميتة محصنة وطالب الابن بحدّها حدّ القاذف.**

لأنّه في الحقيقة قذف لأمه. لأنّ النسب إنّما يُنفى عن الزاني لا عن غيره. **هـ**[4] ولو قال له "لست بابن فلان" لأبيه المعروف إن قاله في غضب يحدّ. وإلاّ فلا. **ط**[5] بخلاف ما إذا قال "لست لفلان ولا فلانة لأبيه وأمه" فإنه لا يحدّ.

قال: **ولا يطالب بحدّ القذف للميّت إلا من يقع القدحُ في نسبه بقذفه.**

وهو الوالد والولد. لأنّ العار يلحق به لمكان الجزية فيكون القذف متناولاً له معنىً. وعند الشافعي [٣٨٣/أ][6] يثبت حقّ المطالبة لكلّ وارث بناءً على أنّه حدّ القذف يورث. وعندنا لا يورث. وحقّ المطالبة عندنا بما ذكرنا من المعنى. ولهذا ثبت عندنا للمحروم على الميراث بالقتل. ويثبت لولد البنت[7] كما يثبت لولد الابن خلاف محمد. وثبت لولد الولد حال قيام الولد خلاف زفر.

قال: **وإن كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحدّ.**

خلاف زفر. لأنّ القذف تناوله معنى. وقذفه لا يوجب الحدّ. ولنا أنّه عيّره بقذف محصن. والإحصان في المقذوف شرط لا في المستحقّ والعبد والكافر من أهل الاستحقاق فيستحقّانه. **شط**[8] قذف

---

[1] ق : + شرائط
[2] النساء ٤/٢٥
[3] الدارقطني السنن ٣/١٤٧؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥/٥٣٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣/٣٣٧.
[4] ه : هداية
[5] ط : المحيط
[6] رقم ٣٨٣ أ و٣٨٣ ب مكرر.
[7] ق : – لولد البنت
[8] شط : شرح الطحاوي

ميتاً محصناً فللوالدين والمولودين علواً أو سفلوا إن تخاصموا سواء فيه الوارث وغيره كالكافر والرقيق والقاتل والأقرب والأبعد. وإن ترك بعضهم فللباقي المخاصمة. وعن محمد لا خصومة فيه لأولاد البنات لنسبتهم إلى أبيهم. ولو كان المقذوف حياً غائباً لم يكن لأحد منهم أن يخاصم.

قال: **وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمّه الحرّة.**

لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده ولا الوالد بسبب ولده. ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيّد بعبده. ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالبه لزوال المانع.

قلت ذكر حكم الوالد دون الوالدة فكنت في طلبه حتّى ظفرت بحمد الله. ومنّه في ك[1] فقال لا يحدّ الأصول نفذ والفروع. لأنّه لا يقتل بهم فلان لا يحدّ أولى. شق[2] ولا يطالب إذا كان القاذف أباً أو جداً وإن علا ولا أمّه ولا جدّته وإن علت. وكذلك إذا قذفه في نفسه أحد من هؤلاء. ولو قذفه فمات المقذوف سقط الحدّ عندنا خلافاً للشافعي. وكذا لو مات بعدما أقيم بعض الحدّ بطل الباقي عندنا. لأنّه لا يورث خلافاً له بناء على أن فيه حقّ العبد. لأنّه شرع لدفع العار عنه وحق الشرع. لأنّه شرع حداً. والحدود حقّ الله تعالى فالشافعي غلب حقّ العبد لحاجته. وأصحابنا غلبوا حقّ الشرع لولايته على عبيده. فلهذا لا يورث ولا يصحّ عفو المقذوف. ولا يجوز الاعتياض عنه. ويجري فيها التداخل خلافاً له في هذه الأحكام.

قال: **ومن أقرّ بالقذف ثمّ رجع لم يقبل رجوعه.**

لأن للمقذوف فيه عاراً وهو يكذبه في الرجوع بخلاف سائر الحدود. لأنّه لا مكذّب له.

٥٠. ٣. ٢ فصل في ألفاظ القذف

قال: **ومن قال لعربي "يا نبطي" لم يحد.**

لأنّه يراد به التشبيه في الأخلاق. وكذا إذا قال له "لست بعربي."

قال: **ومن قال لرجل "يا ابن ماء السماء" فليس بقاذف.**

لأنّه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لاختصاص ماء السماء بها. [٣٨٣/ب]

قال: **وإذا نسبه إلى عمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف.**

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

لأن كلّ واحد من هؤلاء يسمّى أباً. قال الله تعالى في العمّ ﴿ **وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحق** ﴾[1] وإسماعيل عليه السلام كان عمّه. وقال في الخالة ﴿ **ورفع أبويه على العرش** ﴾[2] وكانت زوجة يعقوب عليه السلام خالته وزوج الأمّ أب للتربية وقيامه مقام الأب.

قال: **ومن وطئ وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحدّ قاذفه.**

لفوات العفة. وهي من شرائط الإحصان. ولأنّ القاذف صادق فيه. هـ[3] والأصل في هذه المسائل أن الوطئ متى حرم لعينه كالوطئ في غير الملك من كلّ وجه أو من وجه كالجارية المشتركة أو في الملك. والحرمة مؤبّدة لا يحدّ قاذفه لوجود حدّ الزنا. وهو الوطئ[4] المحرم لعينه. وأبو حنيفة يشترط في الحرمة المؤبّدة أن يكون ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور. وإذا حرم الوطئ لغيره كالحرمة المؤقّتة تحدّ. لأنّه ليس بزنا. بيانه قذف رجلاً وطئ جاريته المشتركة أو امرأة زنت في نصرانيتها لم يحدّ لعدم الملك. ولو قذف رجلاً وطئ أمته المجوسية أو امرأته الحائض أو النفساء أو مكاتبته يحدّ. لأنّ الحرمة مؤقّتة. وعن أبي يوسف وطئ المكاتبة يسقط الإحصان. وهو قول زفر لزوال ملك الوطئ لوجوب العقر لها عليه. ولنا أن ملك الذات باق. والحرمة مؤقّتة فكانت الحرمة لغيره. ولو قذف رجلاً وطئ أمته هي أخته من الرضاع لا يحدّ. لأنّ الحرمة مؤبّدة. وهو الصحيح. ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاء لا حدّ عليه لتمكن الشبهة في الحرّية. ولو قذف مجوسياً تزوّج بأمّه فوطئها ثمّ أسلم يحدّ عند أبي حنيفة خلافهما.

قال: **والملاعنة بولد لا يحدّ قاذفها.**

وقال أبو يوسف يحدّ كالملاعنة بغير ولد. ولهما أن نسبة ولد إليها لا يعرف له أب. شط[5] وكذا لو قذف أم اللقيط أو رجلاً يزوج امرأة ثمّ علم أنّه كان تزوّج أمّها ووطئها أو بنتها. وكذا في الشراء أو رجلاً وطئ امرأة بنكاح قد وطئها أبوه أو ابنه أو رجلاً تزوّج أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها أو أمة على حرّة أو جمعهما في العقد ووطئهما أو وطئ معتدته المبانة أو منكوحته نكاحاً فاسداً أو الّتي زفّت إليه على أنّها امرأته. وكذا لو قذف واطئ منكوحته أو أمته الّتي حرمت عليه بالمس أو النظر إلى فرجه أمّها لشهوة. وقال أبو حنيفة لا. لأنّ كثيراً من الفقهاء أبوا ثبوت الحرمة بذلك ثمّ لم يعتبر ذلك في النكاح بغير شهود وإن أجازه مالك ولا في نكاح زنى بأمّها أو بنتها [٣٨٤/أ] وإن أجازه الشافعي. لأنّ خلافهما لم يكن في عصره. ولو وطئ أمته ثمّ استحقّت حدّ قاذفه عند أبي يوسف للملك ظاهراً. وقال محمد لا يحدّ. لأنّه

---

١ البقرة ١٣٣/٢

٢ يوسف ١٠٠/١٢

٣ ه : هداية

٤ ق : + أو في الملك

٥ شط : شرح الطحاوي

حرام. وعن أبي حنيفة روايتان. وكذا لو تبين أن الموطوءة بالنكاح ممن لا تحلّ له. ولو قذف واطئ أمتـــه شراءً فاسداً أو وطئ أختين بملك أو المحرمة أو الّتي ظاهر منها أو المعتدّة عن الغير أو أمته المزوجة أو مكاتبته يحدّ. لأنّ الملك قائم والحرمة مؤقّتة. ط[1] قال لامرأته "زنيت ببعير أو بثور أو حمار" لم يحدّ. ولو قال "بناقة أو بقرة أو بثور" يحدّ. ولو قال له "يا زاني" فقال "لا بل أنت" يحدّان. ولو قال لرجل "يا زانيــة" لا يحــدّ عندهما خلافاً لمحمد والشافعي. ولو قال لامرأة "يا زاني" يحدّ إجماعاً. ولو قال لامرأته "يا زانيــة" فقالــت "زنيت معك" لا حدّ عليهما بخلاف قوله "زنيت بك." ولو قال "يا ابن الزانية وهذا معك" لم يقذف الثاني بخلاف قوله "يا زاني وهذا معك."

[1] ط : المحيط



٤ .٥٠ باب في التعزير

قال: **ومن قذف عبداً أو أمةً أو كافراً بالزنا أو قذف مسلماً بغير الزنا "يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث" عزّر.**

لأنّه ألحق الشين به وأذاه وقد امتنع الحدّ فيعزر إعداماً لجناية الإيذاء إلا أنّه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى. لأنّه من جنس ما يجب به الحدّ. وفي الثانية الرأي إلى الإمام. شط[1] قال لصالح "يا سارق، يا شارب الخمر، يا أكل ربا، يا خبيث، يا مخنّث، يا ديوث، يا مشرك،[2] يا زنديق، يا فاجر، يا سفيه" عزر. ولو قال "يا ضُحكة، يا مسخرة، يا منكوس بامرأتي، يا أبله، يا ناكس، يا لا شيء، يا منتوف" لا شيء عليه. لأنّه ما قذفه بمعصية ولا ألحق الشين.[3]

قال: **وكذا لو قال "يا كلب، يا خنزير، يا حمار، يا ذئب، يا بقر، يا تيس، يا قرد، يا حية" لم يعزر.**

لأنّه ظاهر الكذب فلا يلحقه به عار. قخ[4] هذا في الأخسّة. وفي الأشراف يجب التعزير. لأنّه إيذاء. وعن أبي يوسف في قوله "يا حمار، يا خنزير" عزر. ولو قال لصالح "يا لوطي" لم يعذر. لأنّه نسبة إلى لوط النبي عليه السلام. وعن أبي حنيفة أنّه[5] يعزر فيه. وفي قوله "أنت تلعب بالصبيان." ه[6] وقيل في قوله "يا حمار، يا كلب، يا خنزير" يعزر في عُرفنا. لأنّه يعد شيناً. وقيل في الأشراف كالعلوية والفقهاء يعزر دون العامّة. وهذا حسن. ط[7] لو قال "يا ابن القحبة، يا ابن الفاجرة" عزر. ولا يكون قاذفاً أمّه. ولو قال

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[3] ... قوله. فتح القدير ٥/٣٢٨.

[4] قخ : قاضي خان

[5] ف : – أنه

[6] ه : هداية

[7] ط : المحيط

النصراني "يا ابن الزاني، يا ابن الفاسق" يعزر. وقال أبو يوسف يحدّ. ولو قال "يا ابن الحجّام، يا ابن الأسود، يا حجام، يا رستاقي" وليس كذلك لم يعزر. ولو قال الفاسق أو لصّ "يا فاسق، يا لصّ" لا شيء عليه.

قال: **والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً. وأقلّه ثلاث جلدات. وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين [٣٨٤/ب] سوطاً.**

والأصل فيه قوله ﷺ « **من بلغ حداً في غير حدٍّ فهو من المُعتَدِين** »[١] وإذا تعذر تبليغه حداً فهما نظرا إلى أدنى الحدّ. وهو حدّ العبيد في القذف فنقصا منه سوطاً. وأبو يوسف نظر إلى أدنى الحدّ في الأحرار. وهو ثمانون فنقص منه خمسة كما فعله علي بن أبي طالب رضي الله عنه. وروي أنّه نقص منه سوطاً. وهو قول زفر. وهو القياس. وهو الأصحّ. وقول محمد مضطرب في بعض الروايات مع أبي حنيفة. وفي بعضها مع أبي يوسف قدر أدناه بثلاث جلدات. لأنّ الزجر لا يحصل بما دونها غالباً. ه[٢] ذكر مشايخنا إن أدناه على ما يرى الإمام حصول للإنزجار به. لأنّه يختلف باختلاف الناس. وعن أبي يوسف على قدر عظم الجرم وصغره. وعنه يقرب كلّ نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حدّ الزنا. والقذف بغير الزنا من حدّ القذف.

قلت وبهذا علم أن من قبل أجنبية أو لمسها لشهوة يعزر أقصى غايات التعزير.

قال: **وإن رأى الإمام أن يضمّ إلى الضرب في التعزير الحبس فعل.**

لأنّه يصلح تعزيراً. وقد ورد به الشرع في الجملة حتّى لو اكتفى به تعزيراً جاز فجاز[٣] أن يضمّ إليه. ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة. ط[٤] وقد يكون التعزير بالحبس وقد يكون بالصفع[٥] وتعريك الأذن.[٦] وقد يكون بالكلام العنيف.[٧] وقد يكون بالضرب و لم يذكر في شيء من الكتب التعزير بأخذ المال.[٨] وروي

---

١ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٢٧/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٥٧/٣.

٢ ه : هداية

٣ ق : - فجاز

٤ ط : المحيط

٥ الصفع كلمة مولدة والرجل صفعان. الجوهري الصحاح

تعالى. العناية ٣٠٢/٧.

٧ العنيف من لا رفق له بركوب الخيل والشديد من القول والسير. القاموس المحيط

والسرخسي أنه لا يباح التعزير بالصفع لأنه من أعلى ما يكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل الغفلة كذا في المجتبى وفي ضياء الحلوم الصفع الضرب على القفا. البحر الرائق ٤٤/٥.

عن أبي يوسف أن الزجر والتعزير من السلطان بأخذ المال جائز. **شط**[1] أحوال الناس في التعزيـــر مختلفـــة. فمنهم من يترجر بالنصحة. ومنهم باللطمة. ومنهم بالضرب. وذكر أبو اليسر والسرخسي أنّـــه لا يبـــاح التعزير بالصفع. لأنّه من أعلى ما يكون من الاستحقاق فيصان عنه أهل القبلة. وقيل التعزير على مراتـــب فتعزير العلماء والعلوية بالإعلام بأن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا فيترجر بـــه. وتعزيـــر الأمـــراء والقواد والدهاقين بالأعلام أو الجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير السوقية. ومـــا أشـــبههم بالأعلام والجر والحبس وتعزير الأخسة بهذا كلّه وبالضرب وفي أدب القاضي للسرخسي الصـــغر لا يمنـــع وجوب التعزير. ولو كان حقّ الله لمنع. وعن الترجماني البلوغ تعتبر في التعزير. **مت**[2] أراد به ما وجب حقاً لله تعالى. نحو ما إذا شرب الصبي أو زنا أو سرق. وما ذكر السرخسي فيما يجب حقاً للعباد توفيقاً بينهما. **شط**[3] ولا يفرق الضربات لقلتها فلا يحصل به الزجر. ويضرب الظهر والإلية في نهاية التعزير يفرق.

قال: **وأشد الضرب التعزير.**

لأنّه خفّف فيه عدداً فيغلظ وصفاً كيلا يفوت غرض الزجر. **ه**[4] ولهذا [٣٨٥/أ] لا يفرق على أعضائه.

قال: **ثمّ حدّ الزنا.**

لأنّه ثابت بالكتاب

قال: **ثمّ حدّ الشرب.**

لأنّه ثبت بقول الصحابة.

قال: **ثمّ حدّ القذف.**

لأنّه سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً. ولأنّه غُلظ بردّ الشهادة فيخفّف في الضرب.

قال: **ومن حدّه الإمام أو عزره فمات فدمه هدر.**

لأنّه فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور غير مقيّد بشرط السلامة كالفصاد والبـــزاغ بخـــلاف الزوج إذا عزر زوجته. لأنّه مطلق فيه. والإطلاقات مقيدة بشرط السلامة كالمرور في الطريق. وهذا الحرف

---

١ شط : شرح الطحاوي
٢ مت : مجد الأئمة الترجماني
٣ شط : شرح الطحاوي
٤ ه : هداية

حجّة على الشافعي حيث أوجب في الأولى ديته في بيت المال. **شط**[1] وأما إقامة التعزير فقيل لصاحب الحق كالقصاص. وقيل للإمام. لأنّ صاحب الحق قد يسرف فيه غيظاً بخلاف القصاص. لأنّه مقدّر. وبخلاف التعزير الواجب حقاً لله تعالى حيث يلي إقامته كلّ أحد بحكم النيابة عن الله تعالى في الشافي ومشكل الآثار إقامة التعزير. والعفو إلى الإمام عند أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي. قال الطحاوي وعندي العفو للمجني عليه. **شب**[2] التعزير إلى الإمام وفي جامع قاضي فخر الأصل في كلّ شخص إذا رأى مسلماً يزني أن يحلّ له قتله. وإنّما يمنع خوفاً من أن يقتله. ولا يصدق في أنّه زنى. **جس**[3] عن أبي يوسف وجد رجلاً مع امرأته أو مع محرم له أو مع جاريته حلّ له القتل. وفي الفردوس من وقع على ذات رحم محرم منه فاقتله. **جس**[4] عن محمد وكذا لو رأى محصناً يزنى وإن طاوعته حلّ له قتلهما. وفي روضة العلماء رأى محصناً يزني فصاح[5] به فلم ينته حلّ له قتله. وعلى هذا القياس المكابرة بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بأدنى شيء له قيمة وجميع الكبائر وفي جمع النسفي سئل شيخ الإسلام عن قتل الأعونة والظلمة والسعاة في أيّام الفترة.[6] قال يباح[7] ذلك. لأنّهم ساعون في الأرض بالفساد. فقيل له أنهم يمتنعون عن السعي بالفساد في أيّام الفترة ويحتفون فقال ذاك امتناع ضرورة. ولو ردّوا لعادوا كما نشاهد. قال وسألنا الشيخ أبا شجاع عنه فقال يباح قتلهم ويثاب قاتلهم. وفي شرح السند من نكح محارمه وأصابها. قال أحمد وإسحق يقبل ويؤخذ ماله. **شط**[8] وعن أبي يوسف التعزير من السلطان بأخذ المال جائز. قال ولم يذكر كيفية الأخذ. وأرى أن يأخذها فيمسكها. فإن أيس عن توبتهم لصرفها إلى ما يرى. **شط**[9] ومشكل الآثار التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام ثمّ نسخ. وفي شرح أبي اليُسر التعزير بالشتم مشروع. ولكن بعد أن لا يكون قذفاً.

قال: [٣٨٥/ب] **وإذا حدّ المسلم في القذف سقطت شهادته وإن تاب.**

---

١ شط : شرح الطحاوي

٢ شب : شرح بكر خواهر زاده

٣ جس : أحناس الناطفي

٤ جس : أحناس الناطفي

٥ ف : - وإن طاوعته حلّ له قتلهما. وفي روضة العلماء رأى محصناً يزني فصاح

٦ [illegible]

٧ [illegible]

٨ [illegible] : شرح الطحاوي

٩ شط : شرح الطحاوي

وقال الشافعي يقبل بعد التوبة لقوله تعالى ﴿ **إلا الّذين تابوا** ﴾[1] ولنا قوله تعالى ﴿ **ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً** ﴾[2] والاستثناء عن الفسق لا عن الرد بدلالة ذكر التأبيد. هـ[3]

قال: **وإذا حدّ الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمّة**

تتمّة لحده.

قال: **فإن أسلم قُبلت شهادته**

على المسلمين لعدم ردها لحدوثها بالإسلام بخلاف العبد. إذا حدّ حدّ القذف ثمّ أعتق حيث لا تقبل شهادته. لأنّه لم يكن شهادة. وكان ردّ شهادته بعد العتق من تمام حدّ. وإن ضرب سوطاً في قذف ثمّ أسلم ثمّ ضرب ما بقي جازت شهادته. لأنّ ردها جُعل وصفاً للحد التامّ. فلا تثبت بما دونه. وعن أبي يوسف يرد شهادته. والأقل تابع للأكثر. والأوّل صح. ومن قذف أو زنى أو شرب غير مرّة فحد فهو لذلك كلّه. لأنّ احتمال حصول الزجر به يقع شبهة في الباقي بخلاف ما إذا زنى وشرب وسرق. لأنّ المقصود من كلّ جنس غير المقصود بآخر فلا يتداخل. شط[4] ولو اجتمعت الحدود يبدأ بحدّ القذف ثمّ يجيز الإمام في البداية بين حدّ السرقة وحدّ الزنا ثمّ حدّ الشرب. لأنّه أضعف. وإن كان معها قتل حدّ للقذف وضمن السرقة وحدّ الزنا ثمّ حدّ الشرب. لأنّه أضعف. وإن كان معها قتل حدّ للقذف وضمن السرقة ثمّ يقبل. ويدرأ عنه الباقي. لأنّ ما وجب حقاً لله سقط بالقتل دون حقّ العبد. ولو وجب قطع يده قصاصاً وحداً يقطع قصاصاً. فإن عفى عنه بقطع حداً. ولو قطعت رجله اليمنى قصاصاً سقط قطع اليد. ولو قطع اليسرى قصاصاً يترك حتّى يبرأ ثمّ يقطع للسرقة. لأنّ الجمع قد يُتلف. والله أعلم بالصواب.[5]

---

[1] آل عمران ٣/٨٩

[2] النور ٢٤/٤

[3] ه : هداية

[4] شط : شرح الطحاوي

[5] ف، ق : - والله أعلم بالصواب



٥١ كتاب السرقة وقطاع الطريق



السرقة[1] في اللغة أخذ المال على وجه الاستخفاء. ومنه استراق السمع.[2] قال الله تعالى ﴿ **إلا من استرق السمع** ﴾[3] وزيد في الشريعة فيها أوصاف على ما يأتيك بيانها في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى.

به. فتح القدير

والمعنى اللغوي مراعي فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كمن ثقب الجدار على وجه الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهاد. وفي السرقة الكبرى وهو قطع الطريق مسارقة عين الإمام. لأنّه المتصدي لحفظ الطرق بأعوانه. وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه.

الرسغ. المبسوط

.١٣٣/٩

[1] الحجر ١٨/١٥



٥١. ١ باب شرائط السارق والمسروق

قال: **إذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة من حرز** [٣٨٦/أ] **لا شبهة فيه وجب**[١] **القطع.**

لقوله تعالى ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[٢] وإنّما اعتبر العقل والبلوغ. لأنّ الجناية لا يتحقّق بدونهما. ولا بدّ من التقدير بالمال الخطير. لأنّ الرغبات تفتر[٣] في الحقير وأخذه لا يخفى. ولا يتحقّق ركنه. وحكمه الزجر. وتقديره بعشرة دراهم عندنا. وعند الشافعي بربع دينار[٤] وعند مالك بثلاثة دراهم. لهما « **أن القطع في عهد رسول الله** ﷺ **ما كان إلا في ثمن المِجَنّ** »[٥] وأقلّ ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار في عهده ﷺ اثني عشر درهماً. والثلاثة اتّفقت ربعاً. ولنا أن الأخذ بالأكثر أولى احتيالاً لدرء الحدّ. وقد تأيد بقوله ﷺ « **لا قطعَ إلا في دينارٍ أو عشرةَ دراهمَ** »[٦] ه[٧] وشرط الضرب في الكتاب وهو ظاهر المذهب وهو الأصحّ. لأنّ الدراهم المطلقة تقع على المضروبة حتّى[٨] لو سرق عشرة تبرأ قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لم يقطع. شق[٩] لا يشترط الضرب عند أبي حنيفة خلافهما. والمعتبر وزن سبعة. لأنّه المتعارف في عامّة البلاد. وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم

---

[١] ف : + عليه

[٢] المائدة ٣٨/٥

[٣] ف : تعتبر

[٤] البخاري الصحيح "**حدود**" ١٣؛ أبو داود السنن "**حدود**" ١١؛ ابن ماجه السنن "**حدود**" ٢٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٦/٦ بلفظ "القطع في ربع دينار فصاعدا"

[٥] البخاري الصحيح "**حدود**" ١٣؛ مسلم الصحيح "**حدود**" ٥؛ أبو داود السنن "**حدود**" ١٢؛ ابن ماجه السنن "**حدود**" ٢٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٦٩/١.

[٦] الترمذي السنن "**حدود**" ١٤٤٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٦٠/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢٢٣/١٠.

[٧] ه : هداية

[٨] ف : – حتى

[٩] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

إشارة الى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً. **ط**[1] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة يقوم بعشرة دراهم نقد البلد الذي يروج غالباً. وروى الحسن عنه أنّه يقوم بأعز النقود. ولا يقطع بتقويم الواحد. ولو سرق عشرة زيوفاً أو نبهرجة لا يقطع عندهما. وعن أبي يوسف إذا كانت تروج بين الناس يقطع. ويعتبر قيمته عشرة وقت الإخراج عن الحرز ووقت القطع ومكانه في ظاهر الرواية. **جت**[2] أخرج ما دون النصاب من البيت ثمّ دخل وأخرج الباقي فلا قطع.

قلت شرط لوجوب القطع في **ك**[3] و**ط**[4] شرائط العقل والبلوغ ونصاب المسروق وكونه متقوّماً كان في نفسه غير مباح في الأصل. ولا يكون تافهاً ولا مما يتسارع إليه الفساد وأن لا يكون للسارق فيه ملك ولا شبهة ملك وأن يؤخذ من الحرز وأن لا يكون السارق مأذوناً بالدخول في المكان الذي سرق منه وأن يكون للمسروق منه يد صحيحة على المال حتّى أن السارق من السارق لا يقطع وأن لا يكون بين السارق والمسروق منه زوجية ولا رحم كامل. وهي في الحاصل أحد عشر شرطاً. وفوائد هذه الشروط تظهر في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى. وقد جمعها في **شط**[5] بأحقر لفظ فقال القطع إنّما يجب بسرقة نصاب يحرز للتمول. ولا يتسارع إليه الفساد من حرز بلا تأويل [٣٨٦/ب] ولا شبهة. وظهر ذلك عند الإمام. وهو من أهل العقوبة بقطع يمينه من الزند بشرط أن يكون اليد اليسرى صحيحة والرجل اليمنى.

قال: **والعبد والحرّ في القطع سواء.**

لإطلاق النصّ ولتعذر التنصيف.

قال: **ويجب القطع بإقراره مرّة واحدة.**

وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بالإقرار مرّتين. وعنه في مجلسين مختلفين إعتباراً بالبيّنة كما في الزنا. ولهما أن السرقة ظهرت بالإقرار مرّة. فيكتفي به كما في القصاص. وحدّ القذف بخلاف البيّنة. لأنّ الزيادة فيها تقليل تهمة الكذب دون الإقرار. وإنّما اشترط التكرّر في الزنا نصاً على خلاف القياس. فلا يتعدى إلى غيره.[6]

---

[1] ط : المحيط

[2] جت : جمع التفاريق للبقالي

[3] ك : الكفاية للبيهقي

[4] ط : المحيط

[5] شط : شرح الطحاوي

قال: **أو بشهادة شاهدين.**

لتحقّق الظهور بها كما في سائر الحقوق. وينبغي للإمام أن يسألهما عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها كما مرّ في الحدود. ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة.

قال: **وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كلّ واحد منهم عشرة دراهم قطعوا. وإن أصابه أقلّ من ذلك لم يقطع.**

لأن الموجب سرقة النصاب. ويجب على كلّ واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقّــه. ط[1] لو سرق من عشرة من كلّ واحد منهم درهم من بيت واحد يقطع لكمال النصاب في حقّ السارق.

ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه واشترط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع. الهداية ١١٩/٢.

[1] ط : المحيط



٥١. ٢ باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قال: **ولا يقطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والصيد.** هـ[١]

والطير والزرنيخ والمغرة والنورة. شط[٢] والفحم والأشنان[٣] والبوري[٤] والزجاج والملح والخزف. وأصله أن كلّ ما يوجد مباح الأصل. ولم يوجد فيه صنعة تربي قيمته على قيمة الأصل. ولم تجر العادة بإحرازه لا يقطع. دلّ عليه قول عائشة رضي الله عنها « **كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام بالشيء التافه** »[٥] ولأنّ الطباع لا تضمن بمثله فقلّما يوجد أخذه على كُره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر. ولهذا لا يقطع بما دون النصاب. ولأنّ الحرز فيها ناقص. ألا يرى أنّها يُلقى على الأبواب والأفنية. وإنّما يدخل في الدور للعمارة لا للأحراز والطير يطير والصيد يفر فماليته لا تقر. ولأنّ الشركة العامّة فيها. وهي على الصفة الّتي كانت تورث الشبهة. هـ[٦] ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير والدجاج والبط والحمام بما ذكرنا. ولقوله عليه السلام « **لا قطع في الطير** »[٧] وعن أبي يوسف أنّه يجب القطع في كلّ شيء إلا الطين والتراب والسرقين. وبه الشافعي. والحجّة عليهما ما مرّ.[٨]

قال: **ولا فيما يتسارع إليه الفساد كالفواكه الرطبة واللبن واللحم والبطيخ.**

---

١ ه : هداية

٢ شط : شرح الطحاوي

٣ ف : - والفحم والأشنان

٤ البوري الحصير المنسوج. القاموس المحيط ٤٥٢/١.

٥ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤٧٦/٥؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٢٣٤/١٠؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢٥٥/٨.

٦ ه : هداية

٧ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥٢٣/٥؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٢٢٠/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٦٤/٣.

٨ ق : ذكرنا

لقوله ﷺ [٣٨٧/أ] « **لا قطع في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ**[1] »[2] والكثر الجُمّار. وقيل الرديء. وفي المغرب لا قطع في ثمر ولا كثر يعني الثمر المعلّق في النخل الذي لم يحدّ و لم يجوّز والكثر الجمار.[3] وهو شيء أبيض[4] رخص يخرج من رأس النخل. ومن قال هو[5] حطب أو صفار النخل فقد أخطأ. وقال ﷺ « **لا قطع في الطعام** »[6] والمراد ما يتسارع إليه الفساد كالمُهَيَّأِ للأكل وما في معناه كاللحم والثمر. لأنّه يقطع في الحنطة.[7]

قال: **والفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصده.**[8]

لعدم الإحراز ولما مرّ من الحديث.

قال: **ولا قطع في الأشربة المطربة.**

لأن السارق يتأوّل في تناولها الإراقة ولأنّ بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف. فيتحقّق شبهة عدم المالية.

قال: **ولا في الطنبور.**

لأنّه من المعازف.[9]

قال: **ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية.**

وقال الشافعي يقطع. لأنّه مال متقوّم. وهو رواية عن أبي يوسف. وعنه يقطع إذا بلغ حليته نصاباً لتأصلها في المالية. ولنا أن الأخذ يتأول في أخذه القراءة. والنظر فيه. ولأنّه لا مالية له باعتبار المكتوب وإحرازه لا للجلد والأوراق والحلية وكانت توابع. ولا عبرة للتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية فوق النصاب.

---

[1] والكثر الجمار. قال في المنتخب الجمار: مغز ميانه درخت خرمه كه آنرا شحم النخل كويند.

[2] أبو داود السنن "**حدود**" ١٢؛ النسائي السنن الكبرى "**قطع السارق**" ١٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٦٣/٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٤٢٣/١٠.

[3] ف : – الثمر المعلق في النخل الذي لم يحدّ و لم يجوز. والكثر الجمار

[4] الجمار يقال شحم النخل.

[5] ف : – هو

[6] الزيلعي "**نصب الراية**"

[7] القطع. الهداية ١٢٠/٢.

[8] ف، ق : لم يحصد

[9] المعازف الملاهي التي يضرب بها كالعود والطنبور والدف وغيرها. تاج العروس ١٥٥/٢٤.

قال: **ولا الصليب من المذهب[1] والشطرنج ولا النرد.**[2]

لأنّه يتأوّل في أخذها الكسر نهياً عن المنكر بخلاف الدراهم الّتي عليها التمثال. فإنه لا يباح كسرها. وعن أبي يوسف لا يقطع في الصليب إذا كان في المصلى وإلا فيقطع.

قال: **ولا قطع على سارق الصبي الحرّ وإن كان عليه حلي.**

لأن الحرّ ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له. وعن أبي يوسف يقطع إذا بلغ حليه نصاباً. وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيها نبيذ أو ثريد. والخلاف في صبي[3] لا يمشي ولا يتكلم كيلا تكون في يد نفسه.

قال: **ولا قطع[4] في سرقة العبد الكبير.**

لأنّه غصب أو خِداع.

قال: **ويقطع في سرقة العبد الصغير.**

لتحقّقها بحدها إلا إذا كان يعبّر عن نفسه. لأنّه والبائع سواء في اعتبار يده. وقال أبو يوسف لا يقطع. وإن كان لا يعبّر عن نفسه. لأنّه آدمي فألحق بالحر فيما يندرئ بالشبهة. ولهما أنّه مال حقيقة. وشرعاً انضمّ إليه الآدمية فازداد قبحها.

قال: **ولا قطع في الدفاتر كلّها إلا[5] دفاتر الحساب.**

لأن المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال. ولا يقصد من دفاتر الحسب إلا المال فلم يحتل مالية جلدها وكواغدها. ه[6] وفي كتب الآداب اختلاف المشايخ.

قال: **ولا في سرقة [٣٨٧/ب] كلب ولا فهد.**

لأنّه مباح الأصل وقلّة رغبات الناس في اقتنائها. وكذا الوحوش بأسرها والصيود بكليتها.

قال: **ولا دفّ ولا طبل ولا مزمار.** شط[7]

---

١ ف : + الذهب

٢ ق : – ولا عبرة للتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية فوق النصاب قال ولا الصليب من المذهب والشطرنج ولا النرد

٣ ف : + ألذي

٤ ف : – قطع

٥ ق : + في

٦ ه : هداية

٧ شط : شرح الطحاوي

وما أشبهها من الملاهي. أما عندهما فلأنّه لا قيمة لها. وأما عند أبي حنيفة فلأنّه يباح أخذها للكسر نهياً عن المنكر. ط[1] وفي طبل الغزاة اختلاف المشايخ.

قال: **ويقطع في الساج والقناء والآبنوس والصندل.**

لأنّها أموال محرزة عزيزة عند الناس. ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد. لأنّه أعز الأموال في الطلبة. قال جاز الله تعالى الساج ضرب من الشجر يعلوه حمرة. وهو صلب كالحجر. ولا يكون هذا الأبنوس إلا في بلاد الهند ودور سادات مكة من هذا الساج.

قال: **وإذا اتّحذ من الخشب أوان أو أبواب قطع فيها.**

لأنّها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة. ولهذا يحرز كسائر الأموال بخلاف الحضر. لأنّ الصنعة لم يغلب على الجنس حتّى يبسط في غير الحرز. ويقطع في الحصر البغدادية لغلبة الصفة على الأصل.

قلت وتفسير الغلبة أن يزيد قيمة الصنعة على قيمة الأصل. إليه أشار في ط[2] هـ[3] وإنما يجب القطع في غير المركّب إذا كان خفيفاً لا يقل على الواحد حمله. لأنّ الثقيل قلما يرغب في سرقته.

قال: **ولا قطع على خائن ولا خائنة ولا منتهب ولا مختلس.**

لقوله ﷺ « **لا قطع على مُختلِسٍ ولا مُنتهِبٍ ولا خائنٍ** »[4] ولانتفاء ركن السرقة.

قال: **ولا نبّاش.**

وقال أبو يوسف والشافعي تقطع لقوله ﷺ « **من نَبَش قَطعْناه** »[5] ولأنّه مال متقوّم محرز. ولنا قوله ﷺ « **لا قطع على المخْتفِي** »[6] وهو النبّاش بلُغة أهل المدينة ولتمكن شبهة[7] الملك وقصور الحرز وقلة الرغبات فيه. والحديث محمول على السياسة. هـ[8] وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح. وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت.

---

[1] ط : المحيط

[2] ط : المحيط

[3] ه : هداية

[4] أبو داود السنن "**حدود**" ١٣؛ الترمذي السنن "**حدود**" ١٤٤٨؛ ابن ماجه السنن "**حدود**" ٢٦؛ النسائي السنن الكبرى "**قطع السارق**" ١٣؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢٠٩/١٠؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٦٨/٣.

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٦٩/٣.

[6] عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢١٥/١٠؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٠/٣.

[7] ق : بشبهة

[8] ه : هداية

قال: **ولا يقطع السارق من بيت المال.**

لأنّه مال العامّة. وهو منهم.

قال: **ولا من مال السارق فيه شركة.**

لأن القطع يسقط بالشبهة. والملك أقوى من الشبهة. ولهذا لا يحدّ المولى بوطئ الجارية المشتركة. شط[1] سرق من مديونه دراهم وعليه دنانير حالة لا يقطع. وإن سرق أكثر مما عليه. لأنّه أخذ جنس حقّه. وإن كان مؤجّلاً يقطع قياساً لا استحساناً. لأنّ التأجيل لتأخير المطالبة مع بقاء حقّ الأخذ. وعن أبي يوسف يقطع فيهما لاختلاف الجنس. وكذا إذا كان حلياً من فضة وعليه دراهم. ولو سرق من جنس حقّه لكن أجود أو أردئ منه لا يقطع. ولو سرق عروضاً تقطع لانتفاء حقّ الأخذ إلا أن يقول أخذها قضاءً بحقي أو رهناً. [٣٨٨/أ] لأنّ ابن ليلى والشافعي يطلقان أخذ خلاف جنسه للمجانسة في المالية. شذ[2] وما قالا هو الأوسع. ويجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهبنا. فإن الإنسان يعذر في العمل به عند الضرورة.

قال: **ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع.**

لقصور الحرز. لأنّ له ولاية الدخول من غير استئذان بخلاف الصديق لانتفاء الصداق بالسرقة. وقال الشافعي يقطع في القرابة المتوسّطة إلحاقاً لها بالبعيدة. ونحن ألحقناها بالقريبة على ما مرّ في العتاق. ه[3] ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره. ينبغي أن لا يقطع. ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتباراً للحرز. ولو سرق من أمّه من الرضاع يقطع. وعن أبي يوسف لا يقطع لدخوله من غير استئذان واحتشام بخلاف الأخت من الرضاع لانعدامه. ولنا أن المحرمية بدون النسب لا يحترم كالمحرمية بالزنا والتقبيل.

قال: **وكذا إذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبيد من سيّده أو من امرأة سيّده أو زوج سيّدته أو المولى من مكاتبه.**

لوجود الإذن بالدخول عادة. ه[4] ولو سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصّة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي لبسوطة بينهما في الأموال عادة. وهو نظير الخلاف في الشهادة.

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] شذ : شرح أبي ذر

[3] ه : هداية

[4] ه : هداية

قال: **والسارق من المغنم.**

ل« **أن له فيه نصيباً** »[1] وهو مأثور عن علي رضي الله عنه حكماً وتعليلاً.

---

[1] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥١٨/٥؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٢١٢/١٠.



٣ .٥١ باب في الحرز

قال: **والحرز على ضربين. حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ. فمن سرق شيئاً من حرز أو غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع.** ه[١]

الحرز أمر لا بدّ منه. لأنّ الاستسرار وهو ركن السرقة لا يتحقّق إلا به ثمّ قد يكون بالمكان. وهو المكان المعدّ لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والحوانيت والصندوق. وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد. وعنده متاعه فهو محرز به. وقد قطع رسول الله ﷺ من سرق رداء صفوان رضي الله عنه من تحت رأسه وهو نائم في المسجد. وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ. هو الصحيح. لأنّه محرز بدونه. وإن لم يكن للبيت باب أو له باب وهو مفتوح بقطع السارق منه. لأنّ البناء لقصد الإحراز إلا أنّه لا يجب القطع إلا بالإخراج لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فيتمّ السرقة.

قلت وهذا فائدة قوله أنّه لا يعتبر الإحراز بالحافظ بالحرز في المكان. لأنّه متى سرق من البيت وصاحبه عنده لحفظه لا يجب القطع بمجرد الأخذ [٣٨٨/ب] حتّى يخرجه. ه[٢] ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع عنده أو تحته. هو الصحيح. لأنّه يعد النائم عند متاعه حافظاً له عادة. وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله. لأنّه ليس بتضيع[٣] بخلاف ما اختاره في الفتاوى. ط[٤] الحرز بالمكان كالدور والدكاكين والخانات والخيام والفساطيط والأخبية. جت[٥] وصاحبه نائم عليه أو حيث يراه ويحفظه قطع. وروى ابن أبي مالك[٦] عن محمد ولو سرق من رجل ثوباً عليه أو رداءه أو قلنسوته أو منطقته

---

١ ه : هداية

٢ ه : هداية

٣ ف : بتضييع

٤ ط : المحيط

٥ جت : جمع التفاريق للبقالي

أو سرق من امرأة نائمة حلياً عليها لم يقطع. وكذا إذا سرق من رجل نائم عليه ملاءة وهـــو لابســـها لم يقطع ثمّ قال يقطع كالموضوع عنده.[1] ولو سرق شاة أو بقرة أو فرساً من المرعى فلا قطع.[2] **شـــب**[3] إلا أن يكون عليها راع يحفظها. **جت**[4] لا قطع في المواشي في المرعى. ولو كان معها الراعي وإن كان معها سوى الراعي من يحفظها يجب القطع ألآن. وكثير من مشايخنا أفتوا بهذا. وإن كان الغنم تاوى إلى بيت بالليل بُني لها عليه باب مغلق فكسره وسرق منه شاة قطع. **جت**[5] لا يعتبر الغلق إذا كان الباب مردوداً إلا أن يكون بيتاً منفرداً في الصحراء والمراج والحرائز حرز. وإن لم يكن عليه حافظ. وقيل هذا إذا كان معه حافظ. **قد**[6] وما كان حرزاً بنفسه كالدور والبيوت يستوي فيه ما بابه مردوداً ومفتوح وما لا باب لـــه. لأنّ بنـــاءه للإحراز. فعلى هذا لو سرق من القصور الّتي يكون على رأس الأرضين. وفي بعض الكروم من غير باب أو من الخصن الذي يقال له خوازه بالفارسية يقطع. **حاوي**[7] اتخذ من حجر أو شوك خطيرة وجمع فيها الأغنام وهو نائم عندها يقطع سارقها. وعن محمد يقطع سواء كان معها حافظ أو لم يكن. وعليه عامّة المشايخ. **ط**[8]

وأصل هذه المسائل أن كلّ مكان أعد لحفظ الأموال فيه تقطع سارقها منه. وإن لم يكن معها حافظ وإلا فيعتبر الحافظ. قلت ولم يذكر في الكتاب أنّه إذا كان معداً[9] لحفظ نوع من الأموال فسرق منه غيره هل يقطع أم لا؟ واختلف المشايخ فيه. **شط**[10] حرز كلّ شيء معتبر يحرز مثله حتّى لو سرق دابّة من إصطبل يقطع. ولو سرق لؤلؤة منه لا يقطع. وقال الكرخي كلّ ما كان حرزاً لنوع من الأموال فهو حرز لجميع الأموال حتّى لو سرق لؤلؤة من شريحة يقال يقطع. وكذا لو سرق ثياب الراعي من المراج يقطع. **شس**[11] وهو المذهب عندنا. **حاوي**[12] كان[13] الباب مفتوحاً فدخل نهاراً وسرق لم تقطع وبعد العتمة يقطع

---

[1] [illegible] عنده. البحر الرائق ١٤/٥.

[2] ق : فلا يقطع

[3] شب : شرح بكر خواهر زاده

[4] جت : جمع التفاريق للبقالي

[5] جت : جمع التفاريق للبقالي

[6] قد : شرح قدوري كبير

[7] حاوي : لم أجد بهذا الرمز.

[8] ط : المحيط

[9] ق : بعد

[10] شط : شرح الطحاوي

[11] شس : شرح السرخسي

[12] حاوي : لم أجد بهذا الرمز.

[13] ق : إن كان

سواء سرق خفياً أو مكابرة معه سلاح أو لا. ولو دخلها [٣٨٩/أ] ما بين العشائين يقطع. وإن كان الناس يجبون ويذهبون فهو بمنزلة النهار. ولو دخلها اللصّ ليلاً وفيها صاحبها فلم يعلم أحدهما بالآخر أو لم يعلما قطع. ولو علما لا يقطع. ولو كابره ليلاً أي دخل عليه بسلاح وقاتله حتّى أخذ ماله قطع. ولو كابره نهاراً لا يقطع. والقياس أن[1] يقطع. لكنّا استحسنا ليلاً سداً لباب المكابرة بالليالي.

قال: **ولا قطع على من سرق من حمام أو من[2] بيت أُذن للناس في دخوله.**

لوجود الإذن عادة أو حقيقة في دخوله فاختلّ الحرز. هـ[3] ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منه ليلاً. لأنّها تثبت لإحراز الأموال. وإنّما الإذن مختصّ بالنهار.

قلت وهذا بخلاف ما ذكر في الحاوي.

قال: **ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع.**

لأنّه محرز بالحافظ. لأنّ المسجد ما بُني لحفظ الأموال فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا قطع. لأنّه بُني للإحراز. وكان المكان حرزاً فلا يعتبر الحافظ.

قال: **ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه.**

لأن البيت لم يبق حرزاً في حقّه. لأنّه مأذون في دخوله كأهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة.

قال: **وإذا نقب اللصّ البيت ودخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما.**

لأن الأوّل هَتْك[4] الحرز. لكن لم ينفصل عن الحرز مع المال. والثاني أخذا المال لكن لم يهتك الحرز فلم تتكامل السرقة في حقّ كلّ واحد منهما.[5] شق[6] وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يقطع الداخل. لأنّه هتك الحرز وإخراج القطع. وإن أدخل الخارج يده فتناولها فعلى الخارج.

قال: **فإن ألقاه في الطريق ثمّ خرج فأخذه قطع.**

خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن

شرح الأقطع شرح القدوري

وقال زفر لا يقطع كما إذا لم يأخذها. ولنا أن هذه حيلة يعتادها السراق. لأنّ الخروج مع المال من النقب متعذّراً وليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار. فلو لم يقطع ينسد باب هذا الحدّ بخلاف ما لم يأخذه. لأنّه مضيع لا سارق.

قال: **وكذلك إن حمله على حمار فساقه فأخرجه.**

لأن سيره يضاف إليه لسوقه. وإن سرقه و لم يخرجه من الدار لم يقطع. لأنّ الدار حرز واحد.

قال: **وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً.**

استحساناً. والقياس أن يقطع الحامل وحده. وبه زفر لتمام السرقة به. ولنا أن الإخراج وجد [٣٨٩/ب] من الكلّ معنى بالمعاونة كما في قُطاع الطريق. لأنّهم يعتادون التحميل على البعض ليتفرّغ الباقون للدفع فامتناع القطع فيه يقضي إلى سدّ باب الحدّ.

قال: **ومن نقب البيت وأدخل فيه يده وأخذ شيئاً لم يقطع.**

وعن أبي يوسف في الإملاء أنّه يقطع لإخراج المال من الحرز كما في الصندوق. ولنا أن هتك الحرز الكامل شرط. والهتك الكامل بالدخول. لأنّه الغالب المعتاد بخلاف الصندوق لتعذره.

قال: **وإذا أدخل يده في صندوق الصيرفي أو في كم غيره فأخذ المال قطع.**

التكامل الهتك به لتعذر الدخول فيه. ولو طرّ صرّة من خارج الكم لم يقطع لعدم هتك الحرز.[1] ومن داخله يقطع الهتك. وفي الحلّ على عكسه. وعن أبي يوسف أنّه يقطع بكلّ حال. ولو سرق من القطار بعيراً أو حملاً أو جوالقا لم يقطع. لأنّه ليس لحرز مقصوداً. والقائد والسائق والراكب يقصدون قطع المسافة لا الحفظ حتّى لو كان معها من تبيعها للحفظ مقصوداً يقطع. ط[2] ولو سرق شيئين أحدهما مما يقطع فيه دون الآخر يعتبر المقصود بالسرقة. وإن بلغ غيره نصاباً حتّى لو سرق إناء ذهب أو فضة فيه ثريد أو نبيذ أو صبياً حرّا عليه حلي لا يقطع. ولو كانا مما يقطع قُطع.

قال: **ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم.**

---

[2] : المحيط

أما القطع فلقوله تعالى ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[1] وأما اليمين فلقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا أيمانهما. وأما من الزند فل« **أنّ النبيّ ﷺ قطع يمينه من الزند** »[2] وأما الحسم فلقوله ﷺ « **اقطَعوه واحسِموه** »[3] ولأنّ ترك الحسم يفضي إلى التلف. والحدّ زاجر لا متلف.

٥١ . ٣ . ١. فصل فيمن سرق ثانياً

قال: **فإن سرق ثانياً قُطعت رجله اليسرى. فإن سرق ثالثاً لم يُقطع. وخلد في السجن حتّى يتوب.**

وهذا استحسان ويعزر أيضاً. وقال الشافعي تقطع يده اليسرى. وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله ﷺ « **من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه** »[4] ويروى مفسراً كما هو مذهبه. ولأنّ الثانية مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها فكان ادّعى إلى شرع الحدّ. ولنا قول علي رضي الله عنه « **إني لأَستَحيِي من الله تعالى أن لا أَدَعَ له يداً يَأكُل بها ويستَنجى بها ولا رجلاً يُمشَي عليها** »[5] وبهذا حاج بقية الصحبة فحجّجهم فانعقد إجماعاً. ولأنّه إهلاك مرّتين لتفويت جنس منفعة البطش والمشي والحدّ زاجر لا مهلك بخلاف القصاص. لأنّه حقّ العبد فيستوفى ما أمكن جبراً لحقه. وقد طعن الطحاوي في الحديث الذي رواه أو يحمله على السياسة.

قال: **وإذا كان السارق أشلّ اليد اليسرى أو أقطع [٣٩٠/أ] أو مقطوع الرِجل اليمنى لم يقطع.**

لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً. وكذا إذا كان الرجل اليمنى شلاء أو إبهام يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سوى الإبهام. لأنّ قوام البطش بها. ولو قال للحدّاد اقطع يمينه في سرقة فقطع يساره لم يضمن في العمد والخطأ. وقال زفر يضمن فيهما. وقال أبو يوسف ومحمد يضمن في العمد دون الخطأ.

قال: **ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالبه بالسرقة.**

---

[1] المائدة ٣٨/٥

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٥/٣.

[3] الدارقطني السنن ١٠٢/٣-١٠٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧١/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٧/٣.

[4] أبو داود السنن "**حدود**" ٢٠؛ الدارقطني السنن ١٨١/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٨/٣.

[5] عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٨٦/١٠.

لأن الخصومة شرط لظهورها. ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار. لأنّ الجناية في مال الغير لا يظهر إلا بخصومته. وكذا إذا غاب عند القطع عندنا. لأنّ الاستيفاء من القضاء في باب الحدود. ه[1] وللمستودع والغاصب وصاحب الربا والمستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظه سوى المالك أن يقطع السارق بخصومته. لأنّ ولاية الاسترداد لهم. ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء أيضاً إلا أن الراهن إنّما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده. وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع. ولو قطع سارق بسرقة ثمّ سرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطعه. ولو سرقها قبل أن يقطع الأوّل أو بعد سقوط القطع بشبهة تقطع بخصومة الأوّل. ولو ردّ السرقة قبل الرفع إلى الحاكم لم يقطع. وعن أبي يوسف أنّه يقطع.

قال: **فإن ملكها[2] من السارق أو باعها إياه أو انتقصت قيمتها من النصاب لم يقطع.**

وقال زفر والشافعي يقطع. وهو رواية عن أبي يوسف. لأنّ السرقة قد تمّت انعقاداً وظهوراً. ولنا أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء فيشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء. وعن محمد أنّه يقطع في فصل النقصان.

قال: **ومن سرق عيناً فقطع فيها وردها ثمّ عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع.**

لأنّه لما قطع فيه مرّة سقط حرمة تلك العين في حقّه فلا يقطع لسقوط عصمته ولتعذر خصومة المالك في حقّ القطع دون الضمان. وقال زفر والشافعي. وهو رواية عن أبي يوسف أنّه يقطع لإطلاق النصّ. والحجّة عليهم ما مرّ.

قال: **فإن تغيّرت عن حالها مثل إن[3] كان غزلاً فسرقه فقطع فيه ورده ثمّ نسج فعاد فسرقه قطع.** ط[4]

وعلى هذا الصوف والقطن والكتان وكلّ عين أحدث المالك فيها بعد القطع [٣٩٠/ب] صُنعاً لواحدته الغاصب ينقطع به حقّ المالك. وكذا إذا تبدل السبب بأن باعه المسروق منه بعد القطع ثمّ اشتراه فسرقه. لأنّ تبدل العين والسبب بمنزلة تبدل المالك بعصمة المتبدّل.

قال: **فإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردها إلى المالك.**

---

[1] ه : هداية
[2] ف : وهبها
[3] ق : + لو
[4] ط : المحيط

لقوله ﷺ « **على اليد ما أَخَذَتْ حتّى تَرُدَّ** »[1]

قال: **وإن كانت هالكة لم يضمن.**

وقال الشافعي يضمن كالغاصب. ولنا قوله ﷺ « **لا غُرْمَ على السارق بعد ما قُطِعتْ يدُه** »[2] ولأنّ الضمان ينافي القطع. لأنّه يوجب الملك في المسروق مستنداً إلى وقت السرقة لما عرف من أصلنا. وملك المسروق ينافي القطع. **ط**[3] لو ردّ السرقة قبل المرافعة إلى الحاكم لم يقطع شهد الشهود عليه[4] أو لا خلاف أبي يوسف. ولو ردّ بعد المرافعة والشهادة قبل القضاء لم يذكره محمد أصلاً. وقال الكرخي لا يقطع قياساً. ولكني أستحسن قطعه. ولو ردّ بعد القضاء يقطع. ولو أقرّ بها ردها القاضي إلى مالكها وقطعه. ولو استهلكه السارق بعد القطع ففي ضمانها روايتان. وإن كان الهلاك والاستهلاك قبل قطع يده. فإن قال المالك أنا أضمنه لا يقطع خلاف الشافعي. وإن اختار القطع قطع. ولو غصبه من السارق لم يقطع فيه يضمن الغاصب. **قد**[5] لا يضمن. **م**[6] ولو قطع السارق ثمّ استهلك السرقة غيره لم يضمن لأحد. وكذا لو هلك في يد المشتري منه أو الموهوب له. ولو استهلكه فللمالك تضمينه.

قال: **وإن ادّعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بيّنة.**

لأنّ دعواه أورثت شبهة لاحتمال صدقه.

---

[1] أبو داود السنن "**إجارة**" ٩٠؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٣٩؛ ابن ماجه السنن "**صدقات**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٨/٥.

[2] النسائي السنن الكبرى "**قطع السارق**" ١٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٩/٣.

[3] ط : المحيط

[4] ف : - عليه

[5] قد : شرح قدوري كبير

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد



٥١. ٤ باب قطع الطريق

قال: **وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً أو يقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتّى يحدثوا توبة. وإن أخذوا مال مسلم أو ذمّيّ والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كلّ واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما قيمة ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف. وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حداً. وإن عفا الأولياء عنهم لم يلتفت إلى عفوهم. وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار. إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم. وإن شاء قتلهم وإن شاء صلبهم.**

والأصل فيه قوله تعالى ﴿ **إنّما جزاء الّذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا** ﴾[1] الآية. والمراد به والله أعلم التوزيع على هذه الأحوال الأربعة المذكورة أن يقتلوا إذا قتلوا و لم يأخذوا المال أو يصلبوا إذا قتلوا وأخذوا المال أو تقطع [٣٩١/أ] أيديهم وأرجلهم من خلاف إذا أخذوا المال فحسب أو ينفوا من الأرض أي يحبسوا إذا أخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ولا قتلوا نفساً. ولأنّ الجنايات تتفاوت بتفاوت الأحوال. واللائق تغليظ الحكم بتغلّظها. وإنّما يحبسون في الأولى تطهيراً للأرض عن فسادهم. ويعزرون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافة. وإنّما شرط القدرة على الامتناع. لأنّ المحاربة لا تتحقّق إلا بالمنعة. وشرط النصاب وعصمة المال في الحالة الثانية اعتباراً للسرقة الكبرى بالسرقة الصغرى. وتقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى حتّى لا يفوت جنس المنفعة. ويقتل الكلّ في الحالة الثالثة حداً. القاتل والمعين فيه سواء. وإنّما الشرط القتل من أحدهم وسواء قتله بسيف أو حجر أو عصا أو غيرها. ويصير كالجماعة قتلوا واحداً به قضى رسول الله ﷺ في أصحاب أبي بردة.[2] والتخيير في الحالة الرابعة مذهب أبي حنيفة.

وقالا قتلهم أو صلبهم. لأنّ الجناية واحدة. وهو قطع الطريق فيكتفى بجزاء واحد. وله أنّهم جمعوا بين جناية القتل والأخذ فللإمام أن يجمع بين جزأين وله أن يقتصر على القتل لحصول المقصود به. هـ[1] هذه جناية واحدة. لكنّها مغلّظة لعموم ضررها فتتغلّظ أجزاؤها. وهو القطع والقتل.

قال: **يصلب حياً ويبعج بطنه برمح إلى أن يموت.**

تشهيراً واستعجالاً لموته.

قال: **ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام.**

توقياً عن تأذي الناس. ثمّ ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه. وعن أبي يوسف لا يترك الصلب. لأنّه منصوص عليه. ولأنّ المقصود به التشهير ليعتبر به غيره. ولهما أن التشهير يحصل بالقتل والقطع والصلب والصلب حياً ظاهراً لمذهب. وعن الطحاوى أنّه يقتل ثمّ يصلب. وعن أبي يوسف أنّه يترك على الخشبة حتّى تنقطع فيسقط. هـ[2] وإذا قتلوا فلا ضمان عليهم فيما أخذوا من الأموال كما في السرقة الصغرى.

قلت ذكر الأحوال فيه وفي الهداية أربعة. وهي سبعة الأربعة الّتي مرّت والحالة. الخامسة أنّهم جرحوا و لم يأخذوا مالاً ولا قتلوا نفساً فيقتصّ منهم فيما فيه القصاص. ويجب الأرش فيما فيه الأرش. والسادسة أخذوا المال وجرحوا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وتبطل الجراحات. لأنّه لما وجب الحدّ سقط عصمة النفوس بخلاف الحالة الخامسة. لأنّه لما لم يجب الحدّ ظهر حقوق العباد. والسابعة أن يؤخذوا بعدما تابوا وقد قتلوا عمداً. فإن شاء الأولياء قتلوا القاتل. وإن شاءوا عفوا عنه. لأنّ الحدّ لا يقام فيه بعد التوبة فظهر حقّ العبد في النفس والمال جميعاً.

قال: **فإن كان فيهم** [٣٩١/ب] **صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحدّ عن الباقين. وصار القتل للأولياء إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا.**

وعن أبي يوسف أنّه لو باشر العقلاء يحدّ الباقون تبعاً. وعلى هذا في السرقة الصغرى. لأنّ المباشر أصل والرد تبع والخلل في التبع لا يورث الشبهة. وفي عكسه ينعكس الحكم والمعنى. ولهما أنّه جناية واحدة قامت بالكلّ. فإذا لم يكن فعل بعضهم موجباً لا يكون فعل الباقين موجباً. لأنّه بعض العلّة. هـ[3] وأما ذو

التفصيل. طلبة

الطلبة ٢/٣٥٠.

[1] ه : هداية

[2] ه : هداية

[3] ه : هداية

الرحم المحرم فقد قتل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم. والأصحّ أنّه مطلق. لأنّ الجناية واحدة. فالامتناع في حقّ البعض يوجب الامتناع في حقّ الباقين بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن. لأنّ الامتناع في حقّه لخلل في العصمة. وهو يخصه والامتناع هنا لخلل في الحرز. والعاقلة حرز واحد. وإذا سقط الحدّ صار القتل إلى الأولياء على ما بيّنّاه.

قال: **وإذا باشر القتل واحد منهم أجرى الحدّ على جماعتهم.**

لأنّه جزاء المحاربة. وهي لا يتحقّق إلا بأن يكون بعضهم رداءً للبعض حتّى إذا زالت أقدامهم انحازوا إليهم فيصير الكلّ محاربين فيجري الحدّ عليهم.[1] هـ[2] ولو قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحدّ. لأنّ القافلة حرز واحد. شط[3] قوم خرجوا للقطع فعلى الناس قتالهم دفعاً عن أنفس أهل الدار وأموالهم. وإنّما يلزمهم حكم القطاع إذا قطعوا في مفازة بينهما وبين العمران مسيرة سفر. وعن أبي يوسف مسيرة سفر ليس بشرط حتّى لو كابر ليلاً في المصر فله حكم القطع عنده وحملته أن من دخل بيت إنسان وكابره وأخذ ماله فهو سرقة. وإن كان في طريق المفازة فقطع. وإن كان في الأمصار أو القرى يخفيه فسرقة والمكابرة إن كان ليلاً فكذلك. وإن كان نهاراً لا يقطع. وعن أبي يوسف يقطع. وإن أخذه نهاراً مكابرة في السوق يقطع. ولا يثبت حكم القطع في المصر ولا في القرية ولا بين الحيرة والكوفة ولا بين قريتين. لأنّ الغوث يلحقهم. فلا ينقطع به المار ويؤخذون برد المال القائم وضمان الهالك ويؤدبون ويحبسون حتّى يحدثوا توبة. ولا يثبت أيضاً في دار الحرب ولا في دار النفي ولا على المستأمنين. وعن محمد لو قطعوا بين قريتين في موضع لم يسمع أهلهما ولا أحدهما يثبت حكم القطع. ولا تصلب المرأة. ولو كان في القطاع امرأة لأحد وهل يقطع الرجال دونها؟ فيه روايتان. ولو دخل عليه رجل شاهر سيفه ولا يدر به أنّه لصّ أو هارب. فإن غلب على ظنه أنّه لص قصد قتله أو ماله ويفعله لو لم يبادره فله [٣٩٢/أ] قتله. وإلاّ فلا. ولو قال المشهور عليه قتلته لأنّه قصد قتلي أو أخذ مالي. فإن كان المقتول معروفاً بذلك يجب الدية في ماله. وإلا فالقصاص إلا أن يقيم البيّنة على ما يدعي. ولو شهر سلاحاً ليلاً أو نهاراً في مصر أو غيره فخاف على نفسه فقتله لا شيء عليه. لأنّه لا يلحقه الغوث. لأنّه لا يلبث. وكذا لو كان في غير مصر أو مصر ليلاً بآلة تلبث. وإن كان ذلك في مصر نهاراً لا يقتله. لأنّه يلحقه الغوث. ولو قتله يؤخذ بموجبه. ولو شدّ عليه بيده لا يحلّ قتله بحال. لأنّها ليست بآلة الحرب. ولو ضربه بسيف فلم يقتله وانصرف ولم يقصد ضربة أخرى فقتله المشهور عليه يؤخذ به ولو قصد لا شيء عليه. لأنّه محارب. ولو شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه. ولا شيء عليه. لأنّه محارب. ولو أخرج السرقة ليلاً فأتبعه

منهم. البحر الرائق ٧٤/٥.

[2] هـ : هداية

[3] شط : شرح الطحاوي

صاحبه فقتله لا شيء عليه لقوله عليه السلام « **قاتل دون مالك وأنت شهيد هذا** »[1] وإذا لم يمكنه استيقاذ المال من يده إلا بالقتل. وإن أمكن فقتله يؤخذ به كقتل الغاصب. **شط**[2] **م**[3] للمدخول عليه أن يقتله إذا خاف أن لا يقوى عليه إذا أخذه بيده أو يقوى إلا أنّه يخاف رميه وقتله أو تقويته بماله. وعن أبي حنيفة لو أدركت اللصّ ينقب عليك فأقتله ولا تحزره. وقال أبو يوسف حزره فإن ذهب وإلا فارمه. وإن دخل عليك فخفت أن يبدأك بضربة أو خفت أن يكون معه شيء يرميك وهو ينقب فارمه ولا يحزره. وعن محمد لو رأى رجلاً ينقب بيته أو بيت مسلم أو معاهد يسرق مالاً فناداه فلم يتركه فله أن يقتله. وروى عنه لا يقتله. لأنّ النقب ليس بأخذ المال. ولو رآه يسرق مالاً فناداه فلم ينته جاز له أن يرميه. **ن**[4] اطلع على حائط عليه ملاءة فخاف صاحبها أنّه لو صاح به يأخذها ويهرب فله أن يرميه إذا ساوق عشرة دراهم.[5] قال أبو الليث وأصحابنا لم يقدروا بشيء بل أطلق الرمي. **م**[6] ولو عرض أخذ ماله في الصحراء فليقاتل عنه. ولا يقتله إذا كان أقلّ من عشرة[7] وإلا فيقتله. وفي الصغر التعريض للدفع بالقتال مع إمكان الدفع بالمال حرام. ولو كان مع رفيقه ماء كثير وأبى أن يسقيه حلّ له مقاتلته بغير سلاح. وفي الطعام إذا خاف الهلاك لا يقاتله. لأنّ الماء في الأصل مباح دون الطعام. فإن كان الماء للعامة يقاتله بسلاح عن عمر صبي أو مجنون شهر سيفاً على رجل فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله. لأنّه لم يسقط عصمته كالبعير الصائل. وعن أبي يوسف لا يضمن في كلّها كالعبد الصائل. وبه الشافعي. والله أعلم بالصواب.[8]

---

[1] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/٢٩٤؛ النسائي السنن الكبرى "**تحريم الدم**" ٢١.

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[4] [illegible]

[5] [illegible] القاتل. الفتاوي الهندية ٢/١٧٥.

[6] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[7] ف : + دراهم

[8] ف، ق : − والله أعلم بالصواب



٥٢ كتاب الأشربة



[٣٩٢/ب] قال: **الأشربة[1] المحرمة أربعة الخمر وهو عصير العنب إذا غلا واشتدّ وقذف بالزبد والعصير إذا طبخ حتّى ذهب أقلّ من ثلثيه ونقيع التمر[2] والزبيب إذا اشتدّ.**

اعلم أن الأصل في الأشياء كلّها سوى الفروج الإباحة. قال تعالى ﴿ **هو الذي خلق لكم مـــا في الأرض جميعاً** ﴾[3] وقال تعالى ﴿ **كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً** ﴾[4] وإنّما تثبت الحرمة لعارض نصّ متلو أو

الخلاف. بدائع الصنائع ١١٢/٥.

٣ البقرة ٢٩/٢

٤ البقرة ١٦٨/٢

خبر مروي فما لم يوجد شيء من الدلائل المحرمة فهي على الإباحة. وقد دلّ كتاب الله تعالى على حرمة الخمر حيث قال تعالى ﴿ **يا أيها الّذين آمنوا إنّما الخمر والميسر** ﴾[1] الآيتان.[2] وفيهما عشر دلائل على حرمة الخمر

أحدها سلكها في قرن الأنصاب والأوثان الّتي هي محرمة عند كافة أهل الإيمان.

وثانيها تسميتها ﴿ **رجساً** ﴾[3]

وثالثها عدّها ﴿ **من عمل الشيطان** ﴾[4]

ورابعها الأمر بالاجتناب بقوله تعالى ﴿ **فاجتنبوه** ﴾[5]

وخامسها تعليق الفلاح باجتنابها بقوله تعالى ﴿ **لعلكم تفلحون** ﴾[6]

وسادسها إرادة الشيطان إيقاع العداوة بها.

وسابعها إيقاع البغضاء بقوله تعالى ﴿ **إنّما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر** ﴾[7] المحرمتين عقلاً وشرعاً.

وثامنها الصدّ عن ذكر الله تعالى[8] الواجب عقلاً وشرعاً.

وتاسعها الصدّ عن الصلاة الّتي هي عماد الدين بقوله تعالى ﴿ **ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة** ﴾[9]

---

[1] المائدة ٥/٩٠

[2] أما أسماؤها فالخمر والسكر والفضيخ ونقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجمهوري ... الاختلاف. بدائع

... ٩١/٥

وعاشرها النهي البليغ لصيغة الاستفهام الموفي بالتهديد الشديد بقوله تعالى ﴿ **فهل أنتم منتــهون** ﴾[1] وقد نصّ وصرح بتحريم الخمر في قوله تعالى ﴿ **قل إنّما حرم ربي الفواحش ما ظهر وما بطــن والإثم** ﴾[2] والإثم هو الخمر. دلّ عليه قول قائلهم شربتُ الإثمَ حتّى ضلَّ عقلي ~ كذاك الإثمُ يذهَبُ بــالعقول[3] وقول الآخر إني شربتُ الإثمَ في حانوتها ~ صَهباءَ صافيةً كطعمِ الفُلفُلِ[4] وأراد به الخمر.

فإن قلت الإثم كما يستعمل للخمر يستعمل للذنب وهو الأغلب. قلت لكن إرادة الذنب منـــه بوسيط الإجمال بعد التفصيل في الطرفين. وفيه من الشناعة ما ينبؤ عنها أفصح الكلام وأبلغه فــتعين إرادة الخمر منه. وقال النبي ﷺ « **حُرّمت الخمرُ لعينها قليلُها وكثيرُها والمسكِرُ من كلّ شراب** »[5] والحديث يشمل إلا شربة الأربعة. والأربعة المذكورة في الكتاب.

أحدها الخمر. والثاني العصير إذا طبخ حتّى ذهب أقلّ من ثلثيه. والثالث نقيع التمر. والرابع نقيع الزبيب. وقيل سمّي الخمر خمراً. لأنّها تخامر العقل. وقيل من التخمير. وهي التغطية. لأنّها تغطي العقــل. وقيل من تخميرها في الإناء فيقال خمرت اللبن والعجين تخميراً والغليان أن يصير أسفله [٣٩٣/أ] أعلاه. وقذف الزبد أن لا يبقى فيه زبد حتّى يصفو ويرق. ثمّ اعلم أنّه لا بدّ من معرفة أسامي الأشــربة المحرمــة بمعانيها ومعرفة أصولها وأحكامها. تح[6]

أما الأسامي فثمانية: الخمر والسكر ونقيع الزبيب ونبيذ التمر والفضيخ والباذق والطلا والجمهوري. ويسمّى أبو يوسف أما الخمر فهو الّتي من ماء العنب إذا غلا واشتدّ وقذف بالزبد وسكن

---

[1] المائدة ٩١/٥

[2] الأعراف ٣٣/٧

[3] قال الجوهري وقد تسمى الخمر إثماً واستدل عليه بقول الشاعر شربتُ الإثم حتى ضل عقلي كذاك الإثم يذهب بالعقول وقال كبير. تفسير الخازن ٢٢٥/٢.

[4] وقال حسان بن ثابت أسألتَ رسمَ الدَّارِ أم لم تسألِ ... بينَ الجوابي فالبضيعِ فحوملِ * فالمرجِ الأولِ * أولادُ جفنةَ حولَ قبرِ أبيهمِ ... قبرِ ابن ماريةَ الكريمِ المفضلِ * يسقونَ من وردَ البريصَ عليهم ... بردى يصفّقُ بالرّحيقِ السَّلسلِ * يسْقونَ درْياقَ المدامِ و لم تكنْ ... تعدو ولائدهمْ لنقفِ الحنظلِ * يغشونَ حتَّى ما تهرُّ كلابهمْ ... لا يسألونَ عن السَّوادِ المقبلِ * بيضُ الوجوهِ كريمةٌ أحسابهمْ ... شمُّ الأنوفِ من الطِّراز الأول * فلبثتُ أيّاماً طوالا فيهمُ ... ثم ادَّكرتُ كأنني لم أفعلِ * إمَّا تريْ رأسي تغيَّر لونهُ ... شمطاً وأصبحَ كالثّغامِ الممحلِ * فلقد يراني الموعديُّ كأنّني ... في قصرِ دومةَ أو سواءِ الهيكلِ * ولقد شربتُ الخمرَ في حانوتها ... صهباءَ صافيةً كطعمِ الفلفلِ * يسعى عليَّ بكأسها متنطّفٌ ... فيعلّني منها ولو لم أنهلِ. أمالي المرزوقي ٤٧/١.

[5] الدارقطني السنن ٢٥٦/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٩٧/٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٦٣/٤.

[6] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

الغليان وصار صافياً. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا إذا غلا واشتدّ فهو خمر وإن لم يسكن غليانه. وأما السكر فهو الّتي من ماء الرطب بعد ما غلا واشتدّ وقذف بالزبد عنده. وعندهما إذا غلا وإن لم يسكن غليانه.[1]

وأما نقيع الزبيب فهو الزبيب إذا نقع في الماء حتّى خرجت حلاوته إلى الماء من غير طبخ.[2]

وأما نبيذ التمر فيقع على الماء الذي انقطع فيه التمر فخرجت حلاوته ثمّ اشتدّ وغلا وقذف بالزبد. فهذا الاسم يقع على المطبوخ والتي منه.

قلت خص النبيذ بمنقوع التمر وشرط فيه الغليان. وفي الواقعات الكبرى شرط الطبخ فيه أدنى طبخه دون الغليان. والمذكور في أعمّ الكتب وشروح الجامع الصغير أنّ النبيذ ما ينبذ فيه تمر ونحوه. ويترك حتّى يخرج حلاوته. **قب**[3] النبيذ الّتي من ماء التمر والبسر المذنب إذا طبخ أدنى طبخه ثمّ قال في **تح**[4] وأما الفضيخ فهو البسر إذا خرج منه الماء وغلا واشتدّ وقذف بالزبد. والباذق اسم لما طُبخ من ماء العنب وذهب أقلّ من ثلثيه وغلا واشتدّ. والطلا اسم للمثلث. وهو الذي طبخ من ماء العنب حتّى ذهب ثلثاه وصار مسكراً. والجمهوري الطلا الذي يلقى فيه الماء حتّى يرق ويعود إلى المقدار الذي كان في الأصل ثمّ يطبخ أدنى طبخة صار مسكراً. وأما الأصول الّتي يتخذ منها المسكرة. **شط**[5] فأنواع كثيرة العنب والزبيب والتمر وسائر الثمار والحبوب والحلاوات والألبان فالمتخذ من العنب خمسة أنواع.

أحدها الخمر وذكر حدها كما مرّ. ثمّ قال وأجمعوا أنّه لا يحدّ شاربها قبل قذف الزبد ما لم يسكر ثمّ إذا غلا واشتدّ يحرم قطعاً ويفسق شاربها. ويحد بشرب قطرة منها. ويكفر مستحلّها. ولا يجوز بيعها. ولا يضمن متلفها وفي ماليتها اختلاف ونجاستها غليظة بإجماع الأمّة. ولا يسقي الدوابّ. ولا يجعل في دواء ولا في طعام ولا في ريحان ولا دهن ولا يداوي بها جريح ولا يتمشط بها ولا يدلك ولا ينتفع بها إلا إذا خاف العطش المهلك فلا بأس بشربها ما يرد عطشه. فلو سكر بذلك لا يحدّ. لأنّه حلال في هذه الحالة. فلو زاد على قدر الحاجة فسكر حدّ. وكذا لو روي ثمّ شرب [٣٩٣/ب] حدّ. وكذا دردي الخمر يحرم شربه والامتشاط به. ولا يحدّ إن لم يسكر لغلبة غيرها. وقال الشافعي يحدّ لوجود جزء الخمر فيه. ولو شرب ماء فيه خمر يحدّ عند الدقاق. وعند الكرخي العبرة للطعم وفي حلّ الخمر وطهارتها يصب خل أو

---

[1] ف : - فهو الّتي من ماء الرطب بعد ما غلا واشتدّ وقذف بالزبد عنده. وعندهما إذا غلا وإن لم يسكن غليانه

[2] ف : - إذا نقع في الماء حتّى خرجت حلاوته إلى الماء من غير طبخ

[3] قب : قاضي بديع

[4] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[5] شط : شرح الطحاوي

مري فيها الاعتبار بالغالب. **شس**[1] ولو صبّ فيها سكر أو فانيد حتّى صار حلواً حلّ. ويحل بزوال المرارة بقليل الحموضة. والطبخ لا يحلّ الخمر حتّى لو شرب يحدّ. **شب**[2] لا إذا ذهب ثلثاه.

والثاني الباذق. وهو ما طبخ أدنى طبخةً إذا غلا واشتدّ وقذف بالزبد. وهو نجس حرام. وقال أصحاب الظواهر حلال. ولكن مع حرمته عندنا لا يكفر مستحلّه. ولا يفسق شاربه. ولكن يضلل ولا يحدّ حتّى يسكر. وعن الفضلي أن نجاسة حقيقة ويجوز بيعها ويضمن متلفها. وعند محمد نجاسته غليظة. وعن أبي حنيفة حكمه حكم المثلث.

والثالث المنصف. وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فحكمه حكم الباذق. وعن أبي يوسف يحلّ شربه. لأنّه ذهب أكثر ثلثيه. وكذا لو كان الذاهب أكثر من النصف وأقلّ من الثلثين. فحكمه حكم الباذق. وعنه حكمه حكم المثلث.

والرابع المثلث وهو الذي ذهب ثلثاه بالطبخ فما دام حلواً. فهو ظاهر يحلّ شربه وإن غلا واشتدّ فكذلك لاستمراء الطعام والتقوى والتداوى دون التلهي.[3] ولا يحلّ منه السكر حتّى لو سكر يحدّ. وقال محمد هو حرام نجس يحدّ في قليله ثمّ رجع. وقال يحلّ شربه. وكذا لو شمس حتّى ذهب ثلثاه.

والخامس البُختج وهو أن يصب الماء على المثلث. ويطبخ أدنى طبخة ثمّ يترك حتّى يغلى ويشتدّ ويقذف بالزبد. وهو حلال عندهما كالمثلث بل أولى. لأنّه أقلّ إسكاراً فإن صبّ الماء فيه قبل الطبخ. وطبخ حتّى ذهب ثلثاه وغلا واشتدّ وقذف قيل يحلّ عندهما. لأنّه مثلث. وقيل يحرم. لأنّ النار تذهب بالماء[4] فلم يذهب ثلثا العصير. ولو طبخ العصير وترك. قيل أن يذهب ثلثاه ثمّ أعيد إلى النار فطبخ حتّى تمّ الثلثان. فعن أبي يوسف أنّه لا خير فيه. وعن محمد لا بأس به. وقيل يحلّ إذا أعيد قبل أن تشتد ويقذف. وإلاّ فلا.

قلت وذكر أنواع ما يتخذ من العنب في **قب**[5] ستّة هذه الخمسة والحميدي والجمهوري. وذكر تفسيرهما كتفسير البختج. وقال ويسمّى هذه أبو يوسف لأنّ أبا يوسف[6] كثيراً ما يستعمل هذا. وقيل سمّي

---

[1] شس : شرح السرخسي

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] [illegible] حرام. بدائع الصنائع ٥/١١٦.

[4] ق : + أو لا

[5] قب : قاضي بديع

[6] ق : حنيفة

به. لأنّه اتخذه لهارون الرشيد.[1] **شط**[2] المتخذ من الزبيب إذا غلا واشتدّ وقذف كالباذق. ولو طبخ أدنى طبخة وكالمثلث. وعنهما لا يحلّ ما لم يذهب ثلثاه. والمتخذ من التمر ثلثه.

أحدها السكر وهو النيء من ماء التمر إذا غلا واشتدّ وقذف [٣٩٤/أ] بالزبد. وهو كالباذق.

والثاني المطبوخ أدنى طبخة وهو كالمثلث.

والثالث الفضخ وهو أن يجعل التمر في إناء. ثمّ يصب عليه الماء الحار. فيخرج من حلاوته ثمّ يغلى ويشتدّ. وهو كالباذق. فإن طبخ أدنى طبخة فكالمثلث. والمتخذ من المحبوب والحلاوات كالسكر والفانيد والتوت والعسل ودبس الرطب. وأما ألبان الإبل والرماك إذا غلا واشتدّ يحلّ شربه إذا كان طبخ أدنى طبخة بلا سكر. ولا رواية فيه عن محمد. وقيل يحلّ عنده ما دون السكر. وقيل لا وعنه أكرهه. فإن لم يطبخ فعنهما روايتان. وقال محمد لا يحلّ. وقال من يكره هذا ما لم يسكر.

فأما المسكر منه فحرام. وفي الحدّ به اختلاف المشايخ. وقيل يحدّ عند محمد ويقع طلاقه خلافهما. ونفاذ تصرّفاته على حسب الاختلاف في إيجاب الحدّ. **جش**[3] لا بأس بنبيذ الفواكه. وقال محمد أكره ذلك إذا غلا. ولا يحدّ في السكر بلبن الرماك في قولهم. ولا ينفذ تصرفاته. وعن الفقيه أبي جعفر السكر من البنج ولبن الرماك حرام ولا يحدّ. وأما أحكامها فقد مرّت في أثناء بيان أنواعها على وجه الاستقصاء.

قال: **ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كلّ واحد منهما أدنى طبخة[4] حلال وإن اشتدّ إذا شرب منه ما يغلب على[5] ظنه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب**

لما ذكرنا أن الأصل في الأشياء الإباحة. وإليه وقعت الإشارة بقوله ﷺ في النبيذ « **ليلة الجن ثمرة طيبة وماء طهور** »[6] **قب**[7] روي عن أبي حنيفة فيما سوى الخمر من الأشربة المسكرة القدح المسكر.

---

[1] ... القسطنطينية ... الزركلي الأعلام ٦٢/٨.

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] ف : طبخ

[5] ف : في

[6] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣١٠/١.

[7] قب : قاضي بديع

هو الحرام. وقال أبو يوسف إن قعد لطلب السكر. فالأوّل حرام. وإلاّ فلا بأس به. وإن أراد الإكثار دون السكر فقد أساء في قعوده.

قال: **ولا بأس بالخليطين.**

لما مرّ في درر الفقه الخليطان ما يوجد من العنب والتمر أو الزبيب والعنب وطبخ أدنى طبخة وفي العرنبيين أو التمر أو البسر إذا خلطا.

قال: **ونبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرّة حلال وإن لم يطبخ.**

لما مرّ أن الأصل في الأشياء الإباحة.

قال: **وعصير العنب إذا طبخ حتّى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه حلال وإن اشتد.**

للأصل ولحديث عمر رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً فيه أن النار ذهبت بنصيب الشيطان. وتحقيقه ما ذكر في العرايس في قصّة آدم عليه السلام وفيه كلام طويل لا يليق بهذا الموجز وفروعه. وأقوال المجتهدين فيه قد مرّت على وجه الاستقصاء.

قال: **ولا بأس بالانتباذ في الدباء[1] والحنتم[2] والمزفّت.[3]**

لقوله عليه السلام « **الوعاء لا يحرم شيئاً ولا يحلله** »[4] ولأنّه لا أثر للأوعية في التحريم والدباء القرعة والحنتم [٣٩٤/ب] جرة خضراء والمزفت ما طُلي بالزفت وهو القار. وإنّما ذكر هذه الأشياء. لأنّ المنبوذ فيها يشتدّ زيادة اشتداد.

قال: **وإذا تخلّلت الخمر حلّت سواء صارت حلاً بنفسها أو بشيء طرح فيها.**

لقوله عليه السلام « **أيما إهابٍ دُبغ فقد طهُر كالخمر يُخَلَّلُ فيَحِلُّ** »[5] والحديث بصريحه حجّة على الشافعي في أنّه لا يحلّ المخلل. وقال عليه السلام « **خير خلّكم خلُّ خمرِكم** »[1] وإنّما يحلّ الخل بزوال أثار الخمر بتمامها من الطعم والرائحة عند أبي حنيفة. وعندهما بغلبة طعم الخل.

---

[1] الدباء بالضم والتشديد والمد القرع الواحدة دباءة. الجوهري الصحاح ٢١٨/١.

[2] الحنتم الجرة الخضراء. الجوهري الصحاح

الشافعي مسند ٣٢٦/٥.

[5] الدارقطني السنن ٤٩/١-٢٦٦/٤؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٩٩/٥.

قال: **ولا يكره تخليلها.**

لأنّه إصلاح جوهر فاسد كدباغ جلود الميتات.[٢]

---

[١] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٦/٣٨؛ يلعي "**نصب الراية**" ٤/٣٦٧.

[٢] ق : + والله الموفق

جامعة نجم الدين أربكان

معهد العلوم الاجتماعية

المجتبى

شرح مختصر القدوري

للإمام أبو الرجا نجم الدين مختار بن محمود بن محمد الزاهدي الغزميني (٦٥٨هـ)

(دراسة وتحقيق)

رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي

إعداد الطالب

مصطفى قراجه

إشراف

أ.د. أورخان جكر

٢٠١٥م - ١٤٣٦هـ

المجلد الرابع

المتفرقات

فهرست الكتاب الصيد والفرائض



٥٣ كتاب الصّيد والذّبائح



اعلم[1] بأن الله تعالى عمّ إحسانه وعظم على خليقه[2] امتنانه ووسع بفنون المكاسب أرزاق العباد وندب من بينها إلى الاصطياد. فقال تعالى ﴿ **وإذا حللتم فاصطادوا** ﴾[3] فلهذا ابتدأ المصنّف بمسائل الاصطياد من هذا الكتاب.

[1] [illegible] الناس. المبسوط ٢٢٠/١١.

[2] ف، ق : خلقه

[3] المائدة ٢/٥



١.٥٣ باب الصيد

قال:[١] **يجوز[٢] الاصطياد[٣] بالكلب المعلّم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلّمة.**

لقوله تعالى ﴿ قل أحلّ لكم الطيبات وما علّمتم من الجوارح مكلّبين ﴾[٤] أي مضربين. شس[٥] وقيل الجوارح الكواسب كلّ ما يخرج حقيقة بنابه أو بمخلبه. جص[٦] وكلّ ما علمته من ذي نـاب مـن السابع أو ذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده. ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته.[٧] وعن أبي يوسف أنّه استثنى من عموم هذا الحكم الأسد والدبّ. لأنهما لا يعملان لغيرهما الأسد لعلوّ همّته والـدبّ لخساسته. هـ[٨] وبعضهم ألحق الحداءة بهما لخساسته والخترير مستثنى. لأنّه نجس العين. فلا يجوز الانتفاع به.

، ومستوحش

، والمستوحش

، والمستخبث

رزقناكم. المبسوط

: شرح السرخسي

٦ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٧ ق : ذكوته

٨ ه : هداية

والتعليم شرط الحلّ لقوله تعالى ﴿ **وما علمتم** ﴾[1] وقوله ﷺ لعدي بن حاتم رضي الله عنه « **إذا أرسلْتَ كلبَكَ المعلّم وذَكرتَ اسمَ الله عليه فكُلْ وإن أكل منه فلا تأْكُلْ** »[2] لأنّه إنّما أمسك على نفسه. « **وإن شارك كلْبَك كلبٌ آخرُ فلا تأكلْ فإنك إنّما سميتَ على كلبك ولم تُسمِّ على كلب غيرك** »[3] وللحديث فوائد كثيرة تتلى عليك في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى. **ك**[4] إنّما[5] يحلّ صيد الجوارح بسبع شرائط كونه معُلماً لقوله تعالى ﴿ **مكلّبين تعلّموهن مما علّمكم الله** ﴾[6] وكون الآلة من الجوارح وأن يرسله مسلم أو كتابي ويعقل الإرسال ويسمّى حالة الإرسال وأن يجرحه الكلب أو البازي في المشهور وأن يلحقه المرسل قبل انقطاع الطلب.

٥٣ . ١ . ١ فصل في تعليم الكلب والبازي

قال: **وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرّات وتعليم البازي أن يرجع إذا دعوته.**

لقول ابن عبّاس رضي الله عنهما [٣٩٥/أ] تعليم الكلب أن يترك. وتعليم البازي أن يجيبك إذا دعوته. ولأنّ الكلب متى أكل منه لا يكون ممسكاً عليه فلا يحلّ لما تلونا من الآية وحديث عدي رضي الله عنه. ولأنّ الكلب ألوف حريص على الأكل. فعلامة علمه ترك عادته والبازي نفور. فعلامته ترك عادته بالإجابة والعود. وإنّما شرط الترك ثلاثاً لجواز أن يتركه مرّة أو مرتين لشبعه لا لعلمه. ويبعد أن يبقى الشبع إلى الثلاث. وكان علامة علمه. ولأنّ الثلاث ضربت للاختبار وإبلاء الأعذار كما في الخيار. وقضية الكتاب أن يشترط ترك الأكل فيهما. لكن حبه الكلب يحتمل الضرب ليتعود ترك الأكل بخلاف البازي. وعن أبي حنيفة لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظنّ الصائد أنّه معلم. ولا يقدر بالثلاث. وعلى الرواية الأولى عنده يحلّ ما اصطاده ثلاثاً. لأنّه صار مُعلماً. وعندهما إنّما يحلّ ما اصطاده بعد تمام الثلث. لأنّ المصادر قبله صيد كلب جاهل.

قال: **وإذا أرسل كلبه المعلّم أو بازه أو صقره وذكر اسم الله** تعالى **عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حلّ أكله.**

---

[1] المائدة ٥/٤

[2] البخاري الصحيح **"ذبائح"** ٨؛ مسلم الصحيح **"صيد وذبائح"** ٣؛ أبو داود السنن **"صيد"** ٢؛ الترمذي السنن **"صيد"** ١؛ النسائي السنن الكبرى **"صيد وذبائح"** ٢؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٦٩/٤.

[3] البخاري الصحيح **"ذبائح"** ١-٩؛ مسلم الصحيح **"صيد وذبائح"** ١؛ النسائي السنن الكبرى **"صيد وذبائح"** ٢؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٦٩/٤.

[4] ك : الكفاية للبيهقي

[5] ف : لهما

[6] المائدة ٥/٤

لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولأنّ الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بالآلة إلا باستعمالها. وذلك بالإرسال فتزل مترلة الرمي وإمرار السكين. فلا بدّ من التسمية عنده. ولو تركها ناسياً حلّ أيضاً على ما نبينه في الذبح إن شاء الله تعالى. ولا بدّ من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقّق الذكاة الإضطرارية. وهو الجرح في أي موضع كان من البدن. وفي قوله تعالى ﴿ **وما علّمتم من الجوارح** ﴾[1] وهو[2] إشارة إلى اشتراط الجرح. وعن أبي يوسف أنّه[3] لا يشترط رجوعاً إلى تأويل الجوارح بالكواسب.

قال: **وإن أكل منه الكلب لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل.**

والفرق ما بيّناه في دلالة التعليم. وما مرّ في حديث عدي رضي الله عنه وهو حجّة على مالك. وعلـــى الشافعي في القديم في إباحة ما أكل منه الكلب. هـ[4] ولو أنّه أصاب صيوداً و لم يأكل منها ثمّ أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد. لأنّه علامة الجهل. ولا ما يصيبه بعده حتّى يصير معلماً على اختلاف الروايات الّـــتي بيّناه. وأما الصيود الّتي أخذها من قبل فما أكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام محليته. وما ليس لمحرز بأن كانت في المفازة بعد تحرم بالاتّفاق. وما هو محرز تحرم عند أبي حنيفة خلافهما. لأنّ الحرفة تنسى. وله[5] أنّه آية جهله من الابتداء. ولو أن صقراً فرّ من صاحبه فمكث حيناً ثمّ صاد لا يؤكل صيده. لأنّه يحكم بجهله كالكلب إذا أكل منه. ولو شرب الكلب من دم الصيد دون الصيد أكل. لأنّه من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح [٣٩٥/ب] لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له. ولو أخذ الصيد من المعلّم ثمّ قطع منه قطعة فألقاها إليه فأكلها يؤكل. لأنّه لم يبق صيداً. وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه. ولو نهش الصيد بعد الإرسال فأخذ بضعه فأكلها ثمّ أدرك الصيد فقتله و لم يأكل منه لم يؤكل. ولو ألقى ما نهشـــه وأتبـــع الصيد فقتله و لم يأكل منه فأخذه صاحبه ثمّ مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لما مرّ بخلاف الأوّل. لأنّه أكله في حالة الاصطياد.

قال: **وإن أدرك المرسل حياً وجب عليه أن يذكيه فإن ترك تذكيته حتّى مات لم يؤكل.**

وكذا البازي والسهم. لأنّه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل. وهو الإباحة فبطل حكم البدل. وهذا إذا تمكن من ذبحه. أما إذا وقع في يده و لم يتمكّن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه يحلّ وبه الشافعي. لأنّه لم يقدر على الأصل كالمتيمّم. رأى الماء وعجز عن استعماله. وجه الظاهر أن قيام اليد عليه أقيم مقام التمكّن من الذبح

---

١ المائدة ٤/٥

٢ ف، ق : – وهو

٣ ق : – أنه

٤ ه : هداية

٥ ق : واو

إقامة للسبب مقام المسبّب احتياطاً بخلاف ما إذا بقى فيه من الحياة قدر ما يبقى في المذبوح. لأنّه ميّت حُكماً حتّى لو وقع في الماء بهذه الحالة لا تحرم. وقيل إن لم يتمكّن لفقد الألة لم يؤكل.[1] وإن كان لضيق الوقت أكل خلافاً للشافعي. وهذا إذا كان يتوهّم بقاؤه أما إذا شقّ بطنه وأخرج ما فيه ثمّ وقع في يد صاحبه حلّ كشاة وقعت في الماء بعد الذبح.[2] قيل هذا عندهما. وعند أبي حنيفة لا يؤكل أيضاً. لأنّه وقع في يده حياً. فلا يحلّ إلا بالذكاة الاختيارية. وهذا إذا ترك التذكية. فلو أنّه ذكاه حلّ أكله عند أبي حنيفة. وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة.[3] وما بقر الذئب بطنه وفيه حياة حفية أو بينة. وعليه الفتوى لقوله تعالى ﴿ **إلا ما ذكّيتم** ﴾[4] استثنى المذكى من غير فصل. وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحلّ. وقال محمد إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحلّ. وإلاّ فلا.

قلت ولم يبيّن مقدار ما لا يعيش عند أبي يوسف. وقد ذكر في **ك**[5] وعن أبي يوسف إن بقيت أكثر من نصف يوم أكلت. وإلاّ فلا. ولو أدركه ولم يأخذه فإن كان وقتاً لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل. وإلا أكل. ولو أدركه فذكاه حلّ بالإجماع على ما مرّ. ولو أرسل كلبه إلى صيد فأخذ غيره يحلّ لاتّحاد المقصود خلافاً لمالك. ولو أرسله على صيد كثير وسمّي عند الإرسال مرّة. وقيل الكلّ يحلّ الكلّ بتسمية واحدة. لأنّ [٣٩٦/أ] الإرسال أقيم مقام الذبح. وإنه فعل واحد بخلاف ما لو ذبح شاتين بتسمية واحدة. فإنه[6] لا يحلّ الثاني لتعدّد الذبح حتّى لو أضجع إحديهما فوق الأخرى وذبحهما مرّة واحدة تحلاّن لاتّحاد الفعل. ولو أرسل فهذا فكمن حتّى يتمكّن من الصيد ثمّ أخذه أكل. لأنّه احتيال للصيد لا استراحة. وكذا الكلب إذا اعتاد ذلك. وإلاّ فلا. ولو أخذ الكلب صيداً فقتله ثمّ أخذ آخر فقتله. وقد أرسله صاحبه أكلاً جميعاً لدوام الإرسال حكماً[7] كما لو رمى صيداً فقد منه إلى آخر. ولو قيل الأوّل ثمّ[8] جُثم عليه طويلاً ثمّ مرّ به صيداً آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الإرسال. لأنّه استراحة. وكذا البازي. ولو أن بازياً مُعلماً أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله إنسان أم لا لا يؤكل لوقوع الشك في حله.

---

[1] ف : - ميت حُكماً حتّى لو وقع في الماء بهذه الحالة لا تحرم. وقيل إن لم يتمكن لفقد الألة لم يؤكل

[5] : الكفاية للبيهقي

[6] ق : لأنه

[7] ق : + حتى

[8] ق : - ثم

قال: **وإن حنقه الكلب ولم يخرجه لم يؤكل.**

لقوله تعالى ﴿ **والمنخِنقةُ** ﴾[1] ك[2] وعن أبي يوسف أنّه يؤكل. لأنّه يحتمل أن لا يتمكّن من أخذه إلا بالتخنيق فيباح توسيعاً. هـ[3] اشتراط الجرح يدلّ على أنّه لا يحلّ بالكسر. وعند أبي حنيفة إذا كسر عضواً منه فقتله لا بأس بأكله. لأنّه جراحة باطنة. وجه الأوّل أن الشرط جرح هو سبب لإنهار الدم و لم يوجد.

قال: **وإن شاركه كلب غير مُعلم؛ أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه لم يؤكل.**

لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه من الحكم والتعليل. ولو ردّه الثاني و لم يجرحه ومات يخرج الأوّل بشبهة[5] المشاركة.[6] ولو ردّ المجوسي عليه لا يكره. لأنّ فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقّق المشاركة ولو لم يردّه الثاني. ولكن اشتدّ على الأوّل حتّى قتله لا يكره لانتفاء المشاركة. ولو زجر[7] المجوسي فانزجر أي أغراه وصاح عليه فازداد طلباً فلا بأس به.[8] ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل. ولو أرسله مسلم فأدركه وضربه فوقذه ثمّ ضربه فقتله أكل. وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثمّ قتله الآخر. وكذا لو أرسل رجلان كلّ واحد منهما كلباً فوقذه أحدهما وقتل الآخر. ك[9] سمع حساً فأرسل كلبه أو بازيه أو رماه بسهم فأصاب صيداً وتبيّن أن الحسّ لم يكن حسّ صيد لم يوكل المصاب. وإن كان حسّ صيد مأكول أو غير مأكول فأصاب مأكولاً حلّ. وعن أبي يوسف إن كان حسّ خنزير لا يؤكل. وإن كان حسّ ذئب أكل لتغلظ حرمة الخنزير. وقال زفر إن كان حسّ صيد لا يؤكل لحمه كالسباع لا يؤكل كما لو كان الحسّ آدمي. ولنا أن حس الصيد كلّه واحد في حقّ الاصطياد فكفى لصحّة التسمية قصد الاصطياد إذا كان الحسّ حسّ صيد. وإن لم يعلم أن الحسّ حسّ صيد أو آدمي لا يؤكل احتياطاً. [٣٩٦/ب] فأما الخنزير الأهلي كالآدمي. والشاة فلا يكون اصطياداً. رمى طائراً لا يدري أنّه وحشي أم مستأنس فأصاب صيداً حلّ. لأنّ الأصل في الطير التوحّش حتّى لو رمى بعيراً لا يدري أنّه ناد أو غيره

---

[1] المائدة ٣/٥

[2] ك : الكفاية للبيهقي

: المجوسي. مجمع الأنهر ٢٥٩/٤.

[9] ك : الكفاية للبيهقي

فأصاب صيداً لا يؤكل.[1] لأنّ الأصل فيه الاستئناس. ولو أرسل كلبه على صيد موثق فأصاب صيداً لم يؤكل. ولو رمى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً ففي حلّه روايتان. لأنّه لا ذكاة لهما. ولو سمع حساً فظنّه آدمياً فأصاب المحسوس فإذا هو صيد يحلّ. لأنّه قصد المحسوس. وهو صيد أرسل بازيه على ظبي. وهو لا يصيد الظبأ فأصاب صيداً لم يؤكل. لأنّه لم يقصد بإرساله الاصطياد كمن أرسل كلبه على فيل فأصاب صيداً. ولو رمى صيداً داجناً في الصحراء لا يحلّ. لأنّه يأوى البيوت كالدجاجة.

٢. ١. ٥٣ فصل في الرمي

قال: **وإذا**[2] **رمى الرجل بسهم إلى صيد فسمى عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرحه السهم فمات.**

لأن الرمي ذبحه حكماً. لأنّه آلة له فيشترط التسمية عنده. دلّ عليه قوله ﷺ لعدي رضي الله عنه « **وإذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكلْ** »[3] ولا بدّ من الجرح لما بيّنا.

قال: **فإن أدركه حياً ذكاّه وإن ترك تذكيته حتّى مات لم يؤكل.**

وقد مرّت المسألة بتفاصيلها واختلاف العلماء فيها.

قال: **وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتّى غاب ولم يزل في طلبه حتّى أصابه ميتاً أكل. وإن قعد عن طلبه ثمّ أصابه ميتاً لم يؤكل. ك**[4]

وهذا استحسان. والقياس أن لا يؤكل في الوجهين لما روي « **أنّه ﷺ كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي** »[5] وقال ﷺ « **لعل هوام الأرض قتلته** »[6] وفي الحديث إشارة إلى العلّة أن احتمال موته بسبب آخر قائم كالواقع في الماء. وجه الاستحسان أن الضرورة قائمة فيها إذا كان في طلبه. لأنّه لا يعرى الاصطياد عنه بخلاف ما إذا قعد عنه لانتفاء الضرورة. ولأنّه عسى أدركه حياً. لو طلبه فيقدر على ذكاته. دلّ عليه ما روي « **أنّه ﷺ مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر إليه أصحابه فقال دعو فسيأتي صاحبه فجاء رجل وقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جهلتها لكم فأمر ﷺ أبا بكر رضي الله عنه**

---

[1] الكافي. الفتاوى الهندية ٥/٤٢٣.

[2] ق : ولو

[3] مسلم الصحيح "**الصيد والذبائح**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**الصيد والذبائح**" ١٨؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩/٢٣٨.

[4] ك : الكفاية للبيهقي

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٣١٤.

[6] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٣١٤.

فقسمه بين أصحابه »[1] وعن ابن عبّاس ﭬ أنّه قال كلّ ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما عاينته. والإنماء ما غاب عن بصرك. وهذه الحجج حجّة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحلّ. فإذا بات ليلة لا يحلّ. هـ[2] ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحلّ. لأنّه موهوم يمكن الاحتراز عنه بخلاف وهم الهوامّ. والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا.

قال: [٣٩٧/أ] **وإن رمى صيداً فوقع في الماء[3] لم يؤكل.**

لقوله ﷺ لعدي ﭬ « **وإن وقعتْ رَمْيَتُكَ في الماء فلا تأكلْ فإنك لا تَدري أنَّ الماءَ قَتَله أو سَهْمَكَ** »[4] فالحكم والتعليل يدلاّن على الحرمة.

قال: **وإن وقع على الأرض ابتداء أكل.**

لأنّه لا يمكن الاحتراز عنه. وأصله أن سبب الحرمة والحلّ متى اجتمعا وأمكن التحرّز عن سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً. وإلاّ فلا.

قال: **ولو وقع على سطح أو جبل ثمّ تردى منه إلى الأرض لم يؤكل**

لقوله تعالى ﴿ **والمتردية** ﴾[5] وكذا إذا وقع على شجرة أو حائط أو آجرة ثمّ على الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو حرف آجرة لم يؤكل لما مرّ من الأصل.[6] ولو وقع على جبل ابتداء أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقرّ عليها يؤكل. لأنّ وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وقع على صخرة فانشقّ بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر. شس[7] هو محمول على ما إذا أصابه حلّ الصخرة فانشقّ بطنه. هـ[8] وهو الأصحّ. فإن كان الطير مائياً فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل. وإن انغمست لم يؤكل كالواقع في الماء.

---

[1] الطحاوي "**شرح معاني الأثار**" ١٧٢/٢.

[2] ه : هداية

[3] ف : + فمات

[4] أبو داود السنن "**صيد**" ٢؛ الدارقطني السنن ٢٩٤/٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٧٨/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

بالرمية. تحفة الملك ٢٠٧/١.

[7] شس : شرح السرخسي

[8] ه : هداية

قال: **وما أصاب المعراض[1] بعرضه لم يؤكل وإن جرحه أكل.**

لقوله ﷺ لعدي رضي الله عنه **« ما أصاب بِحَدِّه فكُلْ وما أصاب بعَرضِه فلا تأكل »**[2]

قال: **ولا يؤكل ما أصابته البندقة[3] وإن مات منها.**

لأنّها تدقّ وتكسر ولا تجرح وكان كالمعراض إذا لم تخرق. هـ[4] وكذلك إن رماه بحجر. وكذلك إن حجره الحجر. قالوا وتأويله إذا كان الحجر ثقيلاً وبه[5] حدّه لاحتمال قتله بثقله. وإن كان خفيفاً وبه[6] حدّه يحلّ التعين الجرح قائلاً. وإن كان خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدّه يحلّ. ولو رماه بمروة حديده و لم يضعه لا يحلّ. لأنّه قتله دقاً. وكذلك إن رماه بها. فإن بان رأسه أو قطع أوداجه لاحتمال موته بثقله قبل قطع الأوداج. وكذا إذا رماه بعضاً أو عود فقتله إلا إذا بضعه فيحل كالسيف والرمح. والأصل في هذه[7] المسائل أنّه إذا كان موته[8] مضافاً إلى الجرح بيقين يحلّ. وإذا كان مضافاً إلى الثقل بيقين يحرم. وإن وقع الشك يحرم احتياطاً. وإن رماه بسيف أو سكين فأصابه بحده يحلّ. وإن أصابه بقفاه أو بمقبضه لا يحلّ. ولو رماه فجرحه ومات بالجرح. فإن كان مدمياً يحلّ بالاتّفاق. وإن لم يكن مدمياً فكذا عند البعض صغرت الجراحة أو كبرت. لأنّ الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو لغلظ الدم. وقيل يشترط الإدماء لقوله ﷺ **« ما أَنْهَر الدمَ وأَفْرى الأَوْداجَ »**[9] فكلّ شرط الإنهار وقيل إن كانت الجراحة كبيرة حلّ بدون الإدماء. وإلاّ فلا. ولو ذبح الشاة و لم تسيل منه دم. قيل تحلّ. وقيل لا تحلّ. ووجه القولين قد مرّ. [٣٩٧/ب] وإذا أصاب السهم ظلف[10] صيداً و قرنه فإن أدماه حلّ. وإلاّ فلا.

قال: **وإذا رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد ولا يؤكل العضو.**

لسان العرب ١٦٥/٧.

٢ البخاري الصحيح **"بيوع"** ٣؛ مسلم الصحيح **"صيد وذبائح"** ٣؛ أبو داود السنن **"صيد"** ٢؛ الترمذي السنن **"صيد"** ١؛ النسائي السنن الكبرى **"صيد وذبائح"** ٣؛ الزيلعي **"نصب الراية"**

لسان العرب

"ذبائح وصيد" ٣٦، ٣٧؛ ابن ماجه السنن **"ذبائح"** ٥؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٥٢/٤.

١٠ الظلف للبقرة والشاة والظبي كالحافر لغيرها واستعير للفرس. الجوهري الصحاح ٤٠٧/١.

وقال الشافعي أكل إن مات الصيد منه. لأنّه مبان بذكاة الاضطرار كالرأس بذكاة الاختيار. ولنا قوله ﷺ « **ما أُبينَ من الحيّ فهو ميّت** »[1] وقد أبين هذا العضو من الحيّ حقيقة. وكذا حُكماً. ولهذا لو وقع في الماء بعد الإبانة ومات يحرم بخلاف الرأس. لأنّ المبان لو وقع في الماء ومات يحلّ فكان إبانة الـــرأس من الميّت حكماً. هـ[2]

والأصل في هذه المسائل أن المبان من الحيّ حقيقة وحُكماً لا يحلّ. والمبان من الحيّ صورة لا حكماً. وهو أن يبقى فيه من الحياة بقدر ما يبقى في المذبوح يحلّ حتّى لو وقع في الماء. وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من حبل أو سطح لا يحرم. وبه تخرج المسائل. فيقول إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلاثة مما يلي القوائم أو أقلّ من نصف الرأس يحرم المبان. ويحل المبان منه لتوهم بقاء الحياة في الباقي. ولو قده نصفين أو قطعه أثلاثاً والأكثر مما يلي العجز أو قطع رأسه أو أكثر يحلّ المبان والمبان منه.[3] لأنّ المبان منه حيّ صورة لا حكماً لعدم توهم بقاء الحياة فيه بعده والحديث وإن تناول السمك إلا أن ميتته حلالاً بالحديث.

قلت وهذا نصّ منه في واقعة تقع للملاحين أنهم قد يجدون من الحيتان الكبار الّتي يرميها الطغيان أو تبقى في بعض حظائر الحيجون عند انحدار الماء فيقطعون ذنبه. ويرتكون الباقي حياً أو السماك تعجل فيقطع ذنبه ويشويه. والباقي حيّ أنّه يحلّ. ولو ضرب عُنق شاة فأبان رأسها أو ذنب الكنغد يحلّ لقطع الأوداج ويكره. هـ[4] ولو ضرب صيداً فقطع يداً أو رجلاً ولم يبنه. فإن كان يتوهّم التئامه واندماله.[5] فإذا مات حلّ أكله كسائر أجزائه. وإلا كما إذا بقى متعلّقاً بجلدة فلا يحلّ. لأنّه كالمبان معنى.

قال: **وإن قطعه أثلاثاً والأكثر مما يلي العجز أكل وإن كان الأكثر مما يلي الرأس أكل الأكثر دون الأقلّ.**

لما مرّ.

٣ .١ .٥٣ فصل في صيد المجوسي والمرتدّ والوثني

قال: **ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتدّ والوثني.**

---

[1] الترمذي السنن "**أطعمة**" ٤؛ ابن ماجه السنن "**صيد**" ٨؛ الدارقطني السنن ٢٩٢/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

رويناه. الهداية

الإبانة. تبيين الحقائق ٥٩/٦.

لأنهم ليسوا من أهل الذكاة الاختيارية. فلا يتأهّلون للإضرارية فلا يحلّ صيودهم بخلاف اليهودي والنصراني لقوله تعالى ﴿ وطعام الّذين أوتوا الكتاب حلّ لكم ﴾[1]

قلت وزاد في بعض النسخ المحرم لقوله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حُرم ﴾[2]

قال: **ومن رمى صيداً فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل.**

لأنّه هو الأخذ. وقد قال ﷺ « **الصيدُ لمن أَخَذَه** »[3]

قال: **وإن كان الأوّل أثخنه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل.**

لأنّه لما خرج من خيز الامتناع فصار كالرمي إلى شاة أو صيد موثق. هـ[4] وهذا إذا كان [٣٩٨/أ] الرمي الأوّل بحال ينجو منه الصيد. لأنّه حينئذ يضاف إلى الرمي الثاني فلا يحلّ. أما إذا كان بحال لم يبق فيه من الحياة إلا قدر ما يبقى في المذبوح يحلّ. لأنّ الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني. وإن كان بحال لا يعيش منه الصيد. لكنّه بقى فيه من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بأن كان يعيش يوماً أو دونه لا يحرم بالرمية الثانية. لأنّه لا عبرة لهذه الحياة. وعند محمد يحرم. لأنّها حياة معتبرة على ما عرف من أصلهما شق[5] رماه اثنان فأصابه السهمان معاً ومات فهو لهما ويؤكل. وإن أصابه سهم أحدهما فوقذه ثمّ أصابه سهم الثاني فقتله. قال أبو يوسف هو للأول ويؤكل. وقال زفر لا يؤكل. فأبو يوسف يعتبر حال الرمي وزفر حالة الإصابة.

قال: **والثاني ضامن لقيمته للأول إلا ما نقصته جراحة.**

لأنّه أتلف صيداً مملوكاً للأول بالإثخان منقوصاً بجراحته فصار كمن قتل عبداً مريضاً. هـ[6] وتأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الرمي الأوّل بحال يسلم منه الصيد والثاني بحال لا يسلم منه ليكون القتل ثمة مضافاً إلى الثاني. فإن عُلم أن الموت هل من الجراحتين أو لا يدري؟ قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثمّ يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين لم يضمن نصف قيمة لحمه. أما الأوّل فقد جرح حيواناً مملوكاً للغير ونقصه فيضمن ما نقصه أولاً. وأما الثاني فلأن الموت حصل بالجراحتين ثمّ يضمن

---

[1] المائدة ٥/٥

[2] المائدة ٩٥/٥

[3] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٩/٤.

[4] هـ : هداية

[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[6] هـ : هداية

فيكون هو متلفاً نصفه. وهو مملوك غيره فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين. لأنّ الأولى ما كانت تصنعه والثانية ضمنها مرّة فلا يضمنها ثانياً. وأما الثالث فلأن الرمية الأولى صارت بحال تحلّ بالذكاة الاختيارية لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن الآخر. لأنّه ضمنه مرّة فدخل ضمان اللحم فيه. وإن كان رماه الأوّل ثانياً فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره. ويصير كما إذا رماه على قلّة حيل فأثخنه ثمّ رماه ثانياً فأنزله لا يحلّ. لأنّ الثاني محرم.

قال: **ويجوز اصطياد ما يؤكل من الحيوان وما لا يؤكل.**

لإطلاق النصوص. ويختصّ بمأكول اللحم. قال القائل: صيد الملوك أرانب وثعالب ~ وإذا ركبت فصيدي الأبطال.[1] ولأن صيده سبب للانتفاع بجلده وشعره أو ريشه أو لاستدفاع شرّه كالذباب عن الغنم والجنائز عن الزروع. وكل ذلك مشروع.

قلت وفي بعض النسخ ويجوز الاصطياد بما يؤكل لحمه من الحيوان وبما لا يؤكل لقوله تعالى ﴿ **وإذا حللتم فاصطادوا** ﴾[2] [٣٩٨/ب] ﴿ **وما علّمتم من الجوارح مكلّبين** ﴾[3] ولأنّه لما جاز بما لا يؤكل كالكلب فلا يجوز بما يؤكل أولى.

المحرم. بدائع

الصنائع ٢/١٩٨.

٢ المائدة ٥/٢

٣ المائدة ٥/٤



٥٣ . ٢ باب الذبائح

٥٣ . ٢ . ١ فصل في من ترك التسمية

قال: **وإذا ترك الذابح التسمية عمداً لا يؤكل وإن تركها ناسياً أكل.**

وقال الشافعي يؤكل في الوجهين. وقال مالك لا يؤكل في الوجهين. اعلم أن الذكاة شرط حلّ الذبيحة لقوله تعالى ﴿ **إلا ما ذكيتم** ﴾[١] ولأنّ بالذكاة يتميّز الدم النجس من اللحم الطاهر. هـ[٢] وكما يثبت بها الحلّ يثبت بها الطهارة في مأكول اللحم[٣] وغيره. ومن شرط الحلّ أن يكون الذابح من أهل ملة التوحيد اعتقاداً كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون الذابح حلالاً في حقّ الصيد وخارج الحرم حتّى لا يحلّ ذبيحة المجوسي والمرتدّ والوثني والمحرم. أما المجوسي فلقوله ﷺ « **سنّوا بهم سُنة أهل الكتاب إلا ناكحي نسائهم وآكلي ذبائحهم** »[٤] وأما المرتدّ فلا ملة له. وأما الوثني فلأنّه لا يعتقد الملة حقيقة. وأما المحرم لقلوه تعالى ﴿ **لا تقتلوا الصيد وأنتم حُرم** ﴾[٥] وأما الحرم فلأن ذبح الصيد فيه حرام. ويستوي فيه الحلال والمحرم. ومنها التسمية لما مرّ من حديث عدي رضي الله عنه. وقرّره قوله تعالى ﴿ **ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه** ﴾[٦] وهذا الإطلاق حجّة لمالك. ولأنّه لو ترك قطع بعض العروق المشروطة ناسياً لا يحلّ. فكذا هذا. وللشافعي قوله ﷺ « **المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم** »[٧] ولأنّها لو شرطت لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة للصلاة. ولنا ما تلونا من الآية وما روينا من حديث عدي رضي الله عنه.

---

١ المائدة ٥/٣

٢ ه : هداية

٣ ف : وله وكما يثبت بها الحل يثبت بها الطهارة في مأكول اللحم

٤ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٩/١١٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/١٧٠.

٥ المائدة ٥/٩٥

٦ الأنعام ٦/١٢١

٧ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/١٨٢.

وأما الناسي فأقيم اعتقاد التسمية حكماً لدفع حرج النسيان الغالب في الإنسان. وقد سئل النبي ﷺ عنه فقال ﷺ « **اسم الله على لسان كلّ مسلم** »[1] والمتعمّد ليس في معنى المعذور فلا يلحق به. وما رواه الشافعي محمول عليه. هـ[2] وقول الشافعي مخالف للإجماع. لأنّه لم يخالف أحد ممن كان قبله في متروك التسمية عامداً. وإنّما الخلاف بينهم في الناسي فقال ابن عمر رضي الله عنه يحرم. وقال علي وابن عبّاس رضي الله عنهما يحلّ. ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ أن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد. ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفاً للإجماع. ثمّ قال والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء. وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند رأس البازي والكلب وعند الرمي ثمّ التسمية هاهنا يشترط على المذبوح عند الذبح. وفي الصيد عند الإرسال والرمي على ما مرّ حتّى لو أضجع شاة وسمّى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يحلّ.

قلت وكذا لو ذبح الأوّل بها بعده. لأنّ ذبح الثاني وقع فاصلاً ولو رمي إلى صيد وسمّي فأصاب غيره يحلّ. وكذا في إرسال الكلب والبازي. ولو أضجع شاة وسمّى ثمّ رمى بالسعرة وذبحها لغيرها حلّ. ولو سمّي بسهم ثمّ رمى بغيره فأصاب لم يؤكل. ولو ذكر [٣٩٩/أ] اسم غيره مع اسم الله تعالى فإن كان مفصولاً عنه قبله أو بعده لا يكره. وإن كان موصولاً فإن كان على وجه العطف محرم بأن يقول بسم الله واسم فلان أو بسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بالكسر يحرم الذبيحة لقوله تعالى ﴿ **وما أهل به لغير الله** ﴾[3] وإن لم يكن على وجه الشركة بأن يقول باسم الله محمد رسول الله يحلّ ويكره. هـ[4] ك[5] ولو قال عند الذبح "اللهم اغفر" لي لا يحلّ. لأنّه دعاء وسؤال. ولو قال "الحمد لله أو سبحان الله" يريد التسمية حلّ. وكذا أي ثناء كان وبالحمد لله على العطاس عند الذبح أو على النعمة لا تحلّ. هـ[6] في أصحّ الروايتين وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عبّاس رضي الله عنهما في قوله تعالى ﴿ **فاذكروا اسم الله عليها صوافّ** ﴾[7] ك[8] سمّى ثمّ تكلّم بكلام يسير أو أجاب السلام أو استقى ماء فشرب أو أخذ السكين ثمّ ذبح يحلّ. ولو أطال العمل لا يحلّ.

قال: **والذكاة في الحلق واللبة.** جص[9]

: الكفاية للبيهقي

٦ ه : هداية

٧ الحج ٣٦/٢٢

٨ ك : الكفاية للبيهقي

٩ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

لا بأس بالذبح في الحلق كلّه وسطه وأعلاه وأسفله لقوله ﷺ « **الذكاة ما بين اللَّبَّةِ واللَّحْيَيْن** »[1] وروي « **الذكاة في الحلق واللبة** »[2] ولأنّه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيها إنهار الدم على أبلغ الوجوه.

٢ . ٢ . ٥٣ فصل في العروق الّتي تقطع في الذكاة

قال: **والعروق الّتي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمرئ والودجان.**

لقوله ﷺ « **أفرى الأوداج بما شئت** »[3] وهو اسم جمع. ويعتبر هذه الأربعة في الذكاة إجماعاً.

قال: **فإن قطعها حلّ الأكل. وإن قطع أكثرها فكذلك. وقال أبو يوسف ومحمد لا بدّ من قطع الحلقوم والمرئ وأحد الودجين.**

وقال الشافعي يكتفى بالحلقوم والمرئ. لأنهما مجرى العلف والنفس وقوام الحيّ بهما. وقال مالك يشترط قطع الكلّ لظاهر الحديث. هـ[4] والمشهور في كتب مشايخنا أن ما ذكره القدوري منهما. فهو قول أبي يوسف وحده. جص[5] وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل. وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحلّ خلافاً. واختلفت الرواية فيه. فالحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع الثلاث أي ثلاث كانت تحلّ. وهو قول أبي يوسف أولاً ثمّ رجع إلى ما ذكرنا. وعن محمد أنّه يعتبر أكثر كلّ فرد. وهو رواية عن أبي حنيفة. لأنّ قوام الحياة بالعلف والنفس والدم. وهذه الأربع مجراها فيقام الأكثر من كلّ واحد منهما مقام كلّها لحصول المقصود بالأكثر. ولأبي يوسف أن الودجين جنس واحد فيكتفى بأحدهما. ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكلّ في موضع لعسر الإطلاع عليها في كلّ وقت دفعاً للحرج عن الناس. وظاهر قوله ﷺ « **أفرى الأوداج بما شئت** »[6] يدلّ عليه. لأنّ أدنى الجمع الصحيح ثلاثة فيكفيه [٣٩٩/ب] أي ثلاث كانت.[7]

---

[1] البخاري الصحيح **"ذبائح"** ٢٤؛ أبو داود السنن **"ذبائح"** ١٦؛ ابن ماجه السنن **"ذبائح"** ٩؛ النسائي السنن الكبرى **"ضحايا"** ٢٥؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢٧٨/٩؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٥٠/٤.

[2] البخاري الصحيح **"ذبائح"** ٢٤؛ الترمذي السنن **"أطعمة"** ٥؛ الدارقطني السنن ٢٨٣/٤.

[3] الزيلعي **"نصب الراية"** ١٨٥/٤.

[4] ه : هداية

[5] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[6] الزيلعي **"نصب الراية"** ١٨٥/٤.

[7] ف : - كانت

قلت ولا بدّ من معرفة الحلقوم والمرئ والودجين. فذكر في هـ[1] والطلبة أن الحلقوم مجرى الطعام. والمرئ مجرى الشراب. وفي عين الخليل الحلقوم مساغ الطعام والشراب. بط[2] قال أستاذنا وجميع ذلك غلط. والصواب ما ذكر في تهذيب الأزهري وديوان الأدب أن الحلقوم مجرى النفس. ولا يجري فيه الطعام ولا الشراب والمرئ ما يجري فيه الطعام والشراب. وهو المذكور في كتب الفقه. وفي روضة الناطفي الحلقوم مجرى النفس ليس يدخله علف ولا شراب. وبه تعلّقت الدية. والمرئ مجرى العلف والشراب. والودجان العرقان اللذان يشحب منهما الدم.

قلت وهما عرقان عظيمان في جانبي قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ. وهو المذكور أيضاً في كتب الطبّ. بط[3] عن حسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف الحلقوم والودجان و لم يذكر المرئ أصلاً. فإن أبا حنيفة قال إذا قطع اثنين منها الودجين أو الحلقوم وأحد الودجين يوكل. وعن أبي يوسف أن قطع اثنين فيهما الحلقوم أكل. وإلاّ فلا. قال أبو عبد الله الزعفراني[4] الصحيح من قول علمائنا أنّه إذا قطع الأربعة أو أكثرها حلّ. وإن قطع من كلّ واحد نصفه لا يحلّ. وبالأكثر يحلّ. م[5] وعن أبي يوسف إذا قطع الحلقوم والمرئ و لم يقطع الودجين أكلت. لأنّ الحياة عليهما. بط[6] شس[7] قصاب ذبح الشاة ليلاً فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها. وإن علم فقطع الحلقوم قبل أن يموت. فإن كان قطع الأوّل بتمامه يحرم. وإلاّ فلا.

٣. ٢. ٥٣ فصل فيما يجوز الذبح به

قال: **ويجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء أهر الدم إلا السنّ القائمة والظفر القائم.**

فإن المذبوح بهما ميتة. ويجوز بالمذوع خلافاً للشافعي فيه لقوله ﷺ « **كلّ ما أَنْهَر الدمَ وأَفرى الأوداجَ ما خلا الظفرَ والسِّنَّ فإنها مُدَي الحَبَشةِ** »[8] وبالقياس على القائم. ولنا قوله ﷺ « **أهر الدم بما شئت** »[9] وروي « **أفرى الأوداج بما شئت** »[10] وما رواه محمول على غير المتروع. فإن الحبشة هكذا

---

[1] ه : هداية

[2] بط : بحر محيط

[3] بط : بحر محيط

[4] الحسن بن أحمد بن مالك أبو عبد الله الزعفراني الفقيه مرتب مسائل الجامع الصغير رحمه الله تعالى. القرشي الجواهر المضيئة ١/١٨٩.

[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[6] بط : بحر محيط

[7] شس : شرح السرخسي

[8] البخاري الصحيح "**ذبائح وصيد**" ٣٦، ٣٧؛ ابن ماجه السنن "**ذبائح**" ٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢٥٢.

[9] النسائي السنن الكبرى "**ضحايا**" ١٩.

[10] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/١٨٥.

يفعلون. ولأنّه حصل بها المقصود. وهو إخراج الدم فأشبه الليطة والمروة بخلاف غير المتروع. فإنه يقتل بالثقل فكان كالمنخنقة. لكنّه يكره لما[1] فيه من تعسير بالحيوان. وقد أمرنا فيه بالإحسان.

قال: **ويستحبّ أن يحدّ الذابح شفرته.**

لقوله ﷺ في حديث شداد بن أوس رضي الله عنه « **إن الله تعالى كَتَب الإحسانَ على كلِّ شيءٍ فإذا قَتلتم فأَحسِنوا القَتْلةَ وإذا ذَبَحتم فأحسِنوا الذِّبْحَةَ ولْيَحِدَّ أحدُكم شَفْرَتَه ولْيُرِحْ ذَبيحتَه** »[2] ويكره أن يضجعها. [٤٠٠/أ] ثمّ يحدّ الشفرة لقوله ﷺ « **هلا حددتها قبل أن تضجعها** »[3]

قال: **ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك ويؤكل ذبيحته.**

وفي بعض النسخ قطع. وفي بعضها ذبح مكان بلغ. **بط**[4] والنخاع بكسر النون وضمها عرق أبيض مستبطن في فقار العنق متّصل بالدماغ. وإنّما كره لما روي « **أنّه ﷺ نهى أن ينخع الشاة إذا ذبحت** »[5] وتفسيره ما ذكرنا. وقيل إن عدّ رأسها حتّى يظهر مذبحها. قيل أن يكسر عنقها قبل أن يسكن من الاضطراب. وكل ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان بلا فائدة. والحاصل أن كلّ ما فيه زيادة ألمٍ لا يحتاج إليه في الذكاة فهو مكروه. **بط**[6] قال أبو عبد الله الجرجاني في أسن المتروعة إذا قطعته يؤكل. وقال أيضاً إذا وضع النار على لبة الشاة حتّى أحرق العروق المشروطة حلّ. **قخ**[7] لا يحلّ. قال أستاذنا وهو أشبه بالصواب.

قال: **فإن ذبح الشاة من قفاها فإن بقيت حية حتّى قطع العروق جاز ويكره.**

لتحقّق الموت بما هو ذكاة. ويكره لما فيه من زيادة الإيلام بغير حاجة.

قال: **وإن ماتت قبل قطع العروق لم يؤكل.**

لتحقّق الموت بغير الذكاة.

قال: **وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح.**

---

[1] ف، ق : لأنه

[2] الترمذي السنن "**ديات**" ١٤؛ النسائي السنن الكبرى "**ضحايا**" ٢٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٢٤/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٨٠/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٥٤/٤.

[3] الزيلعي "**نصب الراية**" ١٨٨/٤.

[4] بط : بحر محيط

[5] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧/١٠.

[6] بط : بحر محيط

[7] قخ : قاضي خان

لأنّه إنّما يصار إلى الذكاة الاضطرارية عند العجز عن الاختيارية لما مرّ. وقال مالك لا يحلّ. لأنّ ذلك نادر. ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد وجدت. هـ[1] وعن محمد أن الشاة إذا ندّت في الصحراء فذكاتها[2] العقر بخلاف المصر لتحقّق العجز في الصحراء دون المصر. لأنّها لا تدفع عن نفسها. وهما سواء في البقر والبعير. لأنهما يدفعان عن أنفسهما فيشمل العجز الوجهين والصيال كالندّ إذا لم يقدر على أخذه حتّى لو قتله المصول عليه مريداً للذكاة حلّ أكله.

قال: **والمستحبّ في الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره والمستحبّ في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره.**

لأن السنّة وردت كذلك. ولأنّ عروق الإبل تجتمع في المنحر والبقر والغنم في المذبح. فيكون على هذا الوجه أيسر وأخفّ. والكراهة في المخالفة لمخالفة السنّة وزيادة الإيلام. وقال مالك لا يحلّ بالمخالفة للمخالفة. ولنا أن المخالفة لمعنى في غيره. فلا يمتنع الجواز والحل.

قال: **ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة أو شاة فوجد في بطنها جنيناً ميّت لم يؤكل أشعر أو لم يشعر.**

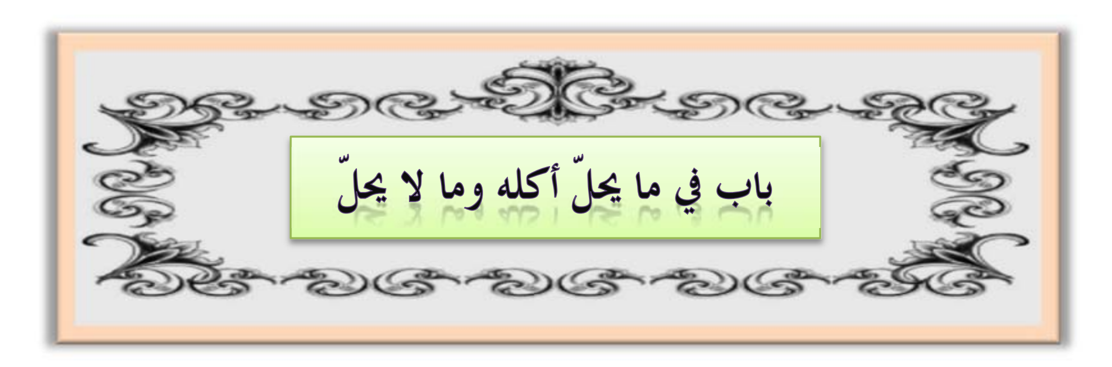
يعني تمّ خلقه ونبت شعره أو لا. وهو قول أبي حنيفة وزفر والحسن [٤٠٠/ب] بن زياد. وقالا إذا تمّ خلقه أكل. وبه الشافعي لقوله ﷺ « **ذكاة الجنين ذكاة أمه** »[3] ولأنّه جزء منها حقيقة يتغدّى بغدائها. ويتنفّس بتنفّسها وحكماً حتّى يدخل في بيعها وعتاقها فيتذكّى بذكاتها عند العجز فالصيد بالجرح. ولنا أنّه أصل في الحياة حتّى يتصوّر حياته بعد موت الأمّ. وأصل في إيجاب الغرّة والعتق والوصيّة له. وبه فتكون أصلاً في الذكاة. لأنّ بذكاة الأمّ لا يخرج الدم المحرم لانضمام مسامة. ولأنّه يختنق بموت الأمّ. والمنخنقة حرام بالنصّ بخلاف الصيد. ودخوله في البيع والإعتاق تحرّياً للجواز والنظر.

---

[1] ه : هداية

[2] ف : + كأنها

[3] أبو داود السنن "**ضحايا**" ١٨؛ الترمذي السنن "**أطعمة**" ٣؛ ابن ماجه السنن "**ذبائح**" ١٥.



٥٣. ٣ باب في ما يحلّ أكله وما لا يحلّ

٥٣. ٣. ١ فصل في أكل السباع

قال: **ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير.**

ل« **أن النبي ﷺ نهى عن أكل ذي مخلب من الطير وأكلِ ذي نابٍ من السباع** »[1] هـ[2] وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كلّ ما له مخلب أو ناب والسبع[3] كلّ مختطف منتهب خارج قاتل عاد عادة. ومعنى التحريم والله أعلم كرامة لبني آدم كيلا بعد وشيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالاعتداء بها. ويدخل في الضبع والثعلب فيكون الحديث حجّة على الشافعي في إباحتهما والفيل ذو ناب فيكره. واليربوع وابن هرس من سبع الهوام وكرهوا أكل الرخم[4] والبغاث. لأنهما يأكلان الجيف.

قال: **ولا بأس بغراب الزرع.**

لأنه يأكل الحبّ. وليس من سباع الطير.

قال: **ولا يأكل الأبقع الذي يأكل الجيف.**[5]

---

[1] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/١٩٥؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

الغليظ. المعجم الوسيط ١/٣٣٦.

[5] والحكمة في تحريم هذه الحيوانات أن

كالحشرات

الفقه، الأطعمة وأحكام الصيد والذبائح ٢٠/١٨.

لأنه ذو مخلب من السباع. وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق.[1] لأنّه يخلط فأشبه الدجاجة. وعن أبي يوسف أنه يكره. لأنّ غالب أكله الجيف.[2]

قال: **ويكره أكل الضبع[3] والضبّ والحشرات كلّها.**

أما الضبع فلما ما مرّ. وأما الضبّ فلأنه ﷺ « **نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكلها** »[4] وهو حجّة على الشافعي في إباحته. ويكره الزنبور. لأنّه من المؤذيات والسلحفاة. لأنّها من الخبائث الحشرات حتّى لا يجب على المحرم بقتله شيء. وإنّما يكره الحشرات كلّها استدلالاً بالضبّ. لأنّه منها ولأنّها مستخبثة فيدخل في قوله تعالى ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾[5] **شق**[6] وقال الشافعي يجوز أكل الضبّ والقنفذ[7] وابن عرس.[8] وعندنا يكره.

قال: **ولا يجوز أكل لحوم الحمر الأهلية والبغال.**

لحديث خالد بن الوليد رضي الله عنه « **أنّه ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير** »[9]

قال: **ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة.**

---

[1] العقعق طائر معروف وصوته العقعقة. الجوهري الصحاح

"الفواسق من الدوابّ"

نيل الأوطار

"المتوحش" ٣٣٠/٤.

[4] مالك الموطا "**ضحايا**" ٧؛ الطحاري "**شرح معاني الآثار**" ٢٠١/٤.

[5] الأعراف ١٥٧/٧

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[7] القنفذ بضم الفاء وفتحها واحد القنافذ والأنثى قنفذة. الجوهري الصحاح ٥٦٠/١.

[8] السرعوب ابن عرس أنشد الأزهري وثبة سرعوب رأى زبابا أي رأى جرذا ضخما ويجمع سراعيب. لسان العرب ٤٦٧/١.

[9] أبو داود السنن "**أطعمة**" ٢٦؛ ابن ماجه السنن "**ذبائح**" ١٤؛ النسائي السنن الكبرى "**صيد وذبائح**" ٣٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٣٢٨/٩؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٨٩/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٦٢/٤.

ومالك. وقالا وهو قول الشافعي لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه « **أنّه ﷺ نهى عن لحوم الحمرِ الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر** »[1] وله قوله تعالى ﴿ **والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة** ﴾[2] الله امتنّ على عباده بالركوب والزينة والأكل من أعلى [٤٠١/أ] منافعها. والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم. ويمتنّ بأدناها. وحديث جابر رضي الله عنه معارض بحديث خالد رضي الله عنه. وحديث علي رضي الله عنه والترجيح معنى لأنّه محرم.[3] هـ[4] ثمّ قيل الكراهة عند كراهة تحريم. وقيل كراهة تنزيه. والأوّل أصحّ. وأما لبنه فقيل لا بأس به. لأنّه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد بخلاف اللحم.

قال: **ولا بأس بأكل الأرنب.**

ل« **أنّه ﷺ أكل منه حين أهدى إليه مَشْوِيّاً وأمر الصحابة بذلك** »[5] ولأنّه ظاهر الذات والعلف فأشبه الظبي.

قال: **وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير. فإن الذكاة لا تعمل فيهما**

الآدمي لكرامته والخنزير لنجاسة عينه كما في الدباغ. وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر فيها كما لا تؤثر في إباحة لحمه كذبح المجوسي. ولنا أن الذكاة تؤثر في إزالة الرطوبات والدماء السيالة. وهي النجسة دون ذوات اللحم والجلد. فإذا زالت طهر كما في الدباغ وذبيحة المجوسي ميتة. فلا بدّ من الدباغ على أن المسألة ممنوعة. هـ[6] وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتّى لو وقع في الماء القليل لا يفسده. وهل ينتفع به في غير الأكل؟ قيل نعم كالزيت خالطها ودك الميتة والزيت غالب وقيل لا كالأكل.

قال: **ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك.**

وقال مالك وجماعة بإطلاق جميع ما في البحر. واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان. وعن الشافعي أنّه أطلق ذلك كلّه. والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم. قوله تعالى ﴿ **أحل لكم صيد البحر** ﴾[7]

---

[1] البخاري الصحيح "**مغازي**" ٣٩؛ مسلم الصحيح "**صيد وذبائح**" ٣٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١١١/٣.

[2] النحل ٨/١٦

[3] ق : لا يحرم

[4] ه : هداية

[5] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٧٢/٥؛ الدارقطني السنن ٢٥/٣، ٢٦؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٠٠/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٢٣/٤.

[6] ه : هداية

[7] المائدة ٩٦/٥

من غير فصل. وقوله ﷺ في البحر « **هو الطهورُ ماؤُه والحِلُّ ميتتُه** »[1] ولأنّ هذه الحيوانات ليست بدموية. لأنّ الدموي لا يسكن في الماء فأشبه السمك. ولنا قوله تعالى ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾[2] وما سوى السمك خبيث يستخبثها الطباع السليمة. ونهى رسول الله ﷺ عن دواء يتّخذ فيه الضفدع. ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور في الآية الاصطياد. وهو مباح فيما حلّ وفيما لا يحلّ. والميتة المذكورة في الحديث السمك على ما ورد في الحديث الآخر « **أُحِلّت لنا مَيتتان ودَمان أما الميتتان فالسمكُ والجَرادُ وأما الدمان فالكَبِدُ والطِّحالُ** »[3]

قال: **ويكره أكل الطَّافي[4] منه.**

وقال مالك والشافعي لا بأس به لإطلاق ما روينا من الحديث. ولنا ما روى جابر رضي الله عنه أنّه ﷺ قال « **ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفَظَه الماء فكُلوا وما طَفا فلا تأكلوا** »[5] وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا. وميتة البحر ما لفظه ليكون مضافاً إلى البحر. وقال مالك لا يحلّ الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه. وسئل علي رضي الله عنه عمر رضي الله عنه يأخذ الجراد من الأرض وفيها الميت فقال كُلّه كُلّه. وهذا [**٤٠١**/ب] عدّ من فصاحته. ودلّ على إباحته. وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات في غير آفة للنصّ في الطافي. ثمّ الأصل في السمك عندنا أنّه إذا مات بآفة يحلّ كالمأخوذ والميت بالحرّ أو البرد. والإنخناق يجب الجمد وإبانة بعضه أو اصطياد غيره إياه ونحوها. وإذا مات من غير آفة لا يحلّ كالطافي.

قال: **ولا بأس بأكل الجِرِّيث[6] والمارماهي.**[7]

لأنهما سمكة ويجوز.

قال: **ويجوز أكل الجراد ولا ذكاة له.**

لما روينا من الحديث.[1]

---

[1] أبو داود السنن "**طهارة**" ٤١؛ الترمذي السنن "**طهارة**" ٥٢؛ النسائي السنن الكبرى "**طهارة**" ٤٧؛ ابن ماجه السنن "**طهارة**" ٣٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٣٧/٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٩٤/١؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٩٨/١.

[2] الأعراف ١٥٧/٧

[3] ابن ماجه السنن "**أطعمة**" ٣١؛ الدارقطني السنن ٢٧١/٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٩٧/٢؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٥٤/١؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٦٩/٤.

[4] الطافي من السمك الذي يظهر فوق سطح الماء. المعجم الوسيط ٥٦٠/٢.

[5] الزيلعي "**نصب الراية**"

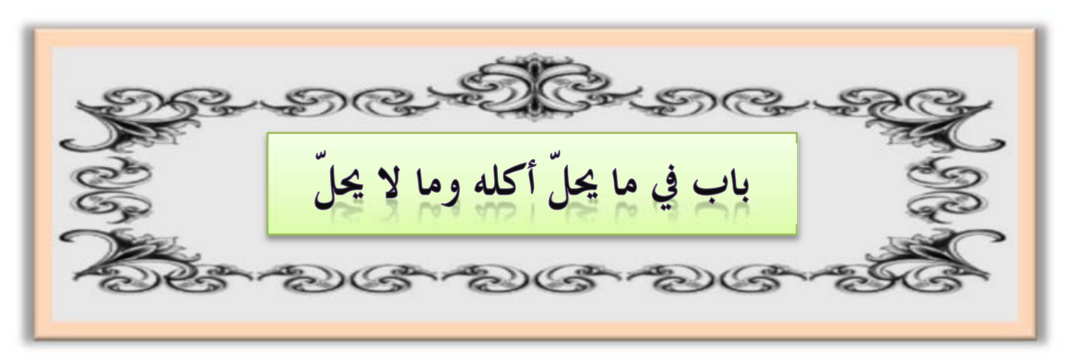
لسان العرب ١٢٨/٢.

[7] الجري بكسر الجيم وتشديد الراء المكسورة فارسيته المارماهي وهو السمك الذي يكون على هيئة الحيات. تاج العروس ٣٤٧/١٢.



٥٤ كتاب الأضحية





٥٤. ١ باب في شرائط وجوب في الأضحية

قال:[٢] الأضحية[١] واجبة[٢] على كلّ حرّ مسلمٍ مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وأولاده الصغار.

البخارى الصحيح

أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وعنه أنّها سُنة. وبه الشافعي. **شط**[٣] على قول أبي حنيفة واجبة. وقالا سُنة مؤكّدة لقوله ﷺ « **من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعاره وأظفاره شيئاً** »[٤] علّقه بالإرادة. وإنّه ينافي الوجوب. ولأنّها لو وجبت لاستوى فيها المقيم والمسافر كالزكاة. ولنا قوله ﷺ « **من وجد سعةً ولم يُضحِّ فلا يَقربَنَّ مُصلانا** »[٥] وقال ﷺ لا يرده حين ضحى قبل الصلاة « **أعد أضحيتك** »[٦] فالآمر بالإعادة والوعيد بترك التضحية يدلان على الوجوب. **جت**[٧] روى الحسن عن أبي حنيفة أنّها فريضة. وإنّما خصّ وجوبها بالحرية. لأنّها وظيفة مالية ولا ملك إلا للحر. وبالإسلام لكونها قربة وبالإقامة. لأنّ الأداء يختصّ بأشياء يشقّ على المسافر استحضارها فيفوت بمضي الوقت كالجمعة وباليسار توسيعاً للأمر عليه. ومقداره ما يجب به صدقة الفطر. وقد استقصينا الكلام في موضعه فلا نعيده وبالوقت وهو أيّام النحر. لأنّها مختصّة بها. وإنّما تجب عن نفسه. لأنّه أصل في الوجوب عليه وعن أولاده الصغار. لأنّهم في معنى نفسه. وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. وروى أبو يوسف عنه أنّه لا يجب عن أولاده. وهو ظاهر الرواية عنه بخلاف صدقة الفطر. لأنّ السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه. وهما موجودان في الصغير. وهذه قربة محضة والقرب لا تجب بسبب الغير. ولهذا لا يجب عن عبيد الخدمة. وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه. والخلاف في هذا كالخلاف في

ضحية وضحايا

أبوه. البحر الرائق

، كالصدقات ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق والأضحية وفي الأضحية اجتمع المعنيان فإنها تقرب بإراقة الدم وهو إتلاف ثم بالتصرف في اللحم يكون تمليكا وإباحة. تبيين الحقائق ٦/٢.

٣ شط : شرح الطحاوي

٤ الترمذي السنن "**أضاحي**" ٢٤؛ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ١١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩/٢٦٦.

٥ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢/٣٢١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩/٢٩٠.

٦ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ١٢.

٧ جت : جمع التفاريق للبقالي

صدقة الفطر. وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم. لأنّ القربة بإراقة الدم ولا يمكنه أكل كله. والأصحّ أن[1] يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه.

قال: [٤٠٢/أ] **ويذبح عن كلّ واحدٍ منهم شاة أو بذبح بدنة أو بقرة عن سبعة.**

والقياس أن لا يجزيه إلا عن واحدٍ. لأنّ الإراقة واحدة. لكنّا تركناه بالأثر. وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أنّه قال « **نحرنا مع رسول الله البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة** »[2] ص[3] ويجوز عن خمسة أو ستّة أو ثلاثة. لأنّه لما جاز عن سبعة. فعن الأقلّ أولى. وقيل إنما يجوز إذا كان الإسباع لا ينكسر بالشركة كما إذا كان لأحد الثلاثة ثلاثة أسهم. ولكل واحد من الباقين سهمان. وإلا فلا. والأوّل أصحّ. ولا يجوز عن ثمانية أو نقص نصيب أحدهم من السبع. وقال مالك يجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة. ولا يجوز عن أهل بيتين. وإن كانوا أقلّ منها لقوله عليه السلام « **على كلّ أهل بيتٍ في كلّ عامٍ أَضحاةٌ وعَتِيرةٌ** »[4] قلنا المراد والله أعلم قيم أهل بيت. لأنّ يساره لم يؤثر في غيره. دلّ عليه قوله عليه السلام « **على كلّ مسلم في كلّ عام أَضحاةٌ وعَتِيرةٌ** »[5] صح[6] وقيل تجوز الناقة والبعير عن عشرة. وهو القياس لفضلها على البقرة في الزكوات والديات. لكنّا تركنا القياس لظاهر النصوص وأخذاً باليقين. هـ[7] ثمّ إذا جاز الشركة فقسمة اللحم بالوزن. ولو اقتسموا جُزافاً لا يجوز تحرّزاً عن الربا إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع. ولو اشترى بقرة لتضحيته ثمّ أشرك معه ستّة جاز استحساناً لا قياساً. وبه زفر. لأنّه أعدها[8] للقربة فيمنع من بيع شيء منها. وجه الاستحسان أنّه قد يمسّ الحاجة إلى التبادر إلى شرائها خوف الفوات وطلب الشركاء بعده فجوزناه دفعاً للحرج. وعن أبي حنيفة أنّه يكره الاشتراك بعد الشراء.

قال: **وليس على الفقير والمسافر أضحية.**

وهذا لفظ الحديث. وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا لا[9] يضحيان إذا كانا مسافرين.

---

[1] ق : أنه

[2] مسلم الصحيح "حج" ٣٥٠؛ أبو داود السنن "**ضحايا**" ٧؛ الترمذي السنن "**أضاحي**" ٨؛ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٩٣/٣.

[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[4] أبو داود السنن "**ضحايا**" ١؛ الترمذي السنن "**أضاحي**" ١٩؛ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ٢؛ النسائي السنن الكبرى "**فرع وعتيرة**" ١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢١٥/٤.

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٧٥/٤.

[6] صح : صلاة محسن

[7] ه : هداية

[8] ق : أخذها

[9] ف : ما

قال: **ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنّه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتّى يصلّي الإمام[1] العيد.**

والأصل فيه قوله ﷺ « **من ذبح قبل الصلاة فليُعدْ ذبيحتَه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تمّ نسكه وأصاب سُنة المسلمين** »[2] وقال ﷺ « **إن أول نُسُكِنا في هذا اليوم الصلاة ثمّ الأضحية** »[3] غير أن الصلاة شرط في حقّ من عليه الصلاة. لأنّ جوازها قبلها يفضي إلى التشاغل بها عن الصلاة ولا صلاة في القرى فلا معنى لتأخيرها عنها. وما رويناه حجّة على مالك والشافعي في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام. ه[4] ثمّ المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتّى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما الشقّ الفجر. وعلى عكسه لا يجوز الأبعد الصلاة.

وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث[5] بها إلى خارج المصر فضحى بها كما طلع الفجر اعتباراً بالزكاة. ولو ضحىّ بعد صلاة أهل المصر قبل صلاة الجبانة أو على العكس أجزأه استحساناً. وقيل هو جائز قياساً [٤٠٢/ب] واستحساناً.[6] لأنّها صلاة معتبرة. ضح[7] ووقت الوجوب في حقّ المصري بعد الصلاة أو بعد مضي وقتها إذا لم يصلوا لعذر لا أن يجب بعد الفجر والصلاة شرط لها. والمعتبر هي الصلاة دون الخطبة. والأفضل بعدهما. وعن الحسن لو ضحّى قبل الفراغ عن الخطبة فقد أساء. ولو ضحّى بعدما قعد الإمام قدر التشهّد قبل السلام لا يجزيه في قياس قول أبي حنيفة خلافهما. ولو تبين أنهم عيدوا يوم عرفة فعليهم إعادة الصلاة والضحايا. ولو تبين أن الإمام صلّى بغير وضوء إن كان قبل التفرّق يعيدها. وإلا فلا. وقيل لا يعيد المقتدي أضحيته استحساناً. لأنّ صلاته جائزة عند بعض الفقهاء.

قال: **وهي جائزة في ثلاثة أيّام يوم النحر ويومان بعده.**

وقال الشافعي أربعة أيّام للحديث. ضح[8] وقيل يومان وعن ابن سيرين يوم واحد. وعن سليمان بن بشار وابن سلمة إلى المحرم. ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عبّاس ﷺ أنهم قالوا النحر ثلاثة أيّام أولها أفضلها. والمقادير لا تعرف إلا سماعاً. فصار المروي عنهم كالمروي عن النبي ﷺ. ويجوز الذبح في لياليها. لكنّه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل.

---

[1] ف : + صلاة
[2] البخاري الصحيح "**أضاحي**" ٤؛ مسلم الصحيح "**أضاحي**" ١٠؛ النسائي السنن الكبرى "**ضحايا**" ١٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣١٣/٤.
[3] البخاري الصحيح "**أضاحي**" ١؛ مسلم الصحيح "**أضاحي**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**عيدين**" ٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٨١/٤.
[4] ه : هداية
[5] ق : يخرج
[6] ق : - وقيل هو جائز قياساً واستحساناً
[7] ضح : إيضاح
[8] ضح : إيضاح

وأيام النحر ثلاثة.[1] وأيام التشريق ثلاثة. ويمضي الكلّ بأربعة العاشر والحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر. فالعاشر نحر لا غير والثالث عشر تشريق لا غير. واليومان الوسطان نحر وتشريق. والتضحية في أيّام النحر أفضل من التصدّق بثمنها في غيرها لوقوع الأوّل واجباً أو سُنة في وقته دون الثاني. **ه**[2] ولو لم يفتح حتّى مضت أيّام النحر فإن كان أوجبها على نفسه أو كان فقيراً تصدق بها حيةً إذا كان اشتراها للأضحية. وإن كان غنياً تصدق بقيمة شاة وسط. لأنّه لما تعذر التضحية بعد فوات الوقت لزمه التصدّق بقيمتها كالجمعة تقضى بعد فوات الوقت ظهراً والصوم فدية. **بط**[3] **جت**[4] ولو لم يصحّ حتّى مضت الأيّام فلا شيء[5] عليه. وروى يتصدّق بقيمة شاة. **ضح**[6] والعبرة بآخر الوقت حتّى لو تأهل في آخر اليوم الثالث لها بأن أسلم أو عتق أو بلغ وله نصاب أو أيسر فيه فعليه الأضحية. ولو كان أهلاً في أوله ثمّ خرج عن الأهلية قبل مضيه بأن ارتدّ أو مات أو افتقر سقطت عنه.

٥٤. ١. ١ فصل في بيان ما يجوز في الضحايا وما لا يجوز

قال: **ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء الّتي لا تمشي إلى المنسك ولا للعجفاء.**

لقوله ﷺ « **لا يجزئ في الضحايا أربع العوراءُ البيِّنُ عَوَرُها والعرجاءُ البيِّنُ عَرَجُها والمَريضةُ البيِّنُ مَرَضُها والعجفاءُ الّتي لا تُنقِي** »[7]

قال: **ولا يجوز المقطوعة الأذن والذنب.**

لقوله ﷺ « **استشرِفوا الأذنَ والعينَ** »[8] أي اطلبوا سلامتهما. وأما الذنب فبالقياس على الأذن.

قال: **ولا الّتي ذهب أكثر أذنها أو ذنبها. فإن بقى الأكثر من الأذن والذنب جاز.**

لأن للأكثر حكم الكلّ. واختلفت الروايات عن أبي حنيفة في العيب الكثير [٤٠٣/أ] المانع منه. ففي **جص**[1] أربع روايات عنه. في رواية جعل الربع مانعاً كما في انكشاف العورة. لأنّه يقوم مقام الكلّ في

---

[1] ق : + أيام
[2] ه : هداية
[3] بط : بحر محيط
[4] جت : جمع التفاريق للبقالي
[5] ق : فلا بأس
[6] ضح : إيضاح
[7] الترمذي السنن "**أضاحي**" ٥؛ النسائي السنن الكبرى "**ضحايا**" ٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٠١/٤؛ مالك الموطا "**ضحايا**" ١.
[8] الترمذي السنن "**أضاحي**" ٦؛ النسائي السنن الكبرى "**أضاحي**" ٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٠٨/١.

المسح وحلق المحرم. وفي رواية الثلث مانع لقوله ﷺ في حديث الوصيّة « **والثلث كثير** »[2] وفي رواية الزيادة على الثلث. لأنّه يتوقّف الوصيّة بها على إجازة الورثة. وفي رواية الزيادة على النصف اعتباراً للحقيقة وهو قولهما. وفي النصف عنهما روايتان. واختيار أبي الليث أنّه إذا بقى الأكثر من الأذن والذنب والعين ونحوها جاز وعليه الفتوى. هـ[3] ثمّ معرف المقدار في غير العين ميسرة. وفي العين قالوا يشدّ العين المعيبة بعدما منع العلف منها يوماً أو يومين. ثمّ يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً. فإذا رأته من موضع أعلم به. ثمّ تشدّ الأضحية[4] ويقرب إليها العلف قليلاً قليلاً حتّى إذا رأته من مكان أعلم به. ثمّ ينظر إلى تفاوت ما بينهما. فإن كان ثلثاً فالذاهب ثلث. وإن كان نصفاً فنصف. ضح[5] عن ابن عبّاس رضي الله عنهما لا يجزي في الهدايا عوراء ولا عجفاء ولا جداء[6] ولا دعاء ولا مجنونة. والهدايا والضحايا في هذا الحكم سواء. والجداء مقطوعة رؤس ضروعها أو يابسها. والدعاء المقطوعة الأنف. وإنّما يمنع الجنون إذا منعها من الاعتلاف. ولا يجزي المصرمة أطباؤها. وهي الّتي عولجت حتّى انقطع لبنها. والعمياء والهتماء وهي الّتي لا أسنان لها. وإنّما لا يجوز إذا منعها من الاعتلاف. وقيل يعتبر الشعر مع أصله في الذنب. وسئل عنها شرف الأئمّة المكي وعمر الحافظ وأبو الفضل الكرماني وظهير الأئمّة المرغيناني فقالوا لا يعتبر أصلاً. ولو لم يكن لها إلية خلقة لم يجز بمنزلة أذنين. وأما المريضة فإن امتدّ عرضها حتّى أضناها وأثّر فيها أثراً بيننا لا يجزيه. وكذا إذا مرضت بعد الشراء بهذه الصفة ولا يجزيه المشيعة. وهي الّتي لا يتبع الغنم عرجاً وضعفاً. وكذا إذا كسر قرنها وبلغ الكسر المشاش. وإن أصابها شيء من هذه العيوب بعد الشراء قبل الذبح لا يجزيه إلا إذا أصابها في وقت المعالجة للذبح فإنها لا تمنع. لأنّه في هذا الوقت نصيبها ما هو أعظم منها هذا في الغني. فإن كان فقيراً يجزيها لتعينها في حقه. فإن ضرعها ليذبح فأصابها شيء. م[7] ذلك ثمّ بدا له فتركها أو ذبحها في اليوم الثاني قيل لا يجزيه. م[8] عن أبي يوسف أنّه يجزيه.

قال: **ويجوز أن يضحّي بالجماء والخصي والثولاء.**

---

[1] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[2] البخاري الصحيح **"وصايا"** ٢؛ مسلم الصحيح **"وصية"** ٥؛ أبو داود السنن **"وصايا"** ٢؛ الترمذي السنن **"وصايا"** ٢؛ النسائي السنن الكبرى

الضرع. رد المحتار **٣٢٤/٦**؛ الجداء وهي التي يبس ضرعها كذا في محيط السرخسي. الفتاوى الهندية ٢٩٨/٥.

[7] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[8] م : المنتقى للحاكم الشهيد

والجماء هي الّتي لا قرن لها وإنما جازت. لأنّ القرن لا يتعلّق به مقصود. ولحم الخصي أطيب وقيمته أغلى غالباً. وقد صحّ « **أنّه ﷺ ضحَّى بكَبشيْن مَوجوئيْن** »[1] أي مرضوضي الخصي. والتولاء هي المجنونة. وفي بعض النسخ بالثاء. [٤٠٣/ب] وقيل هذا إذا كانت تعتلف. ثمّ أنّه لا يخل بالمقصود. وإلا فلا. والجرباء كأن كانت سمينة جاز. وإلا فلا. **ه**[2] ولو ماتت المشتراة للتضحية فعلى الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير. ولو ضلت أو سرقت أو اشترى أخرى ثمّ وجد الأولى في أيّام النحر فعلى الموسر إحديهما وعلى الفقير ذبحهما. **ضح**[3] وقيل إنما يجب على الفقير ذبحهما إذا لم يقصد بالثانية بالدلية عن الأولى. أما إذا قصد فلا.

٥٤. ١. ٢ فصل في الثني

قال: **والإبل والبقر والغنم يجزئ من ذلك كلّه الثني فصاعداً إلا الشاة فإن الجذع منه يجزئ.**

لقوله ﷺ « **ضحوا بالثنيان إلا أن يعسر عليكم فليذبح الجذع من الضأن** »[4] وقال ﷺ « **نعمتْ الأضحيةُ الجَذَعُ من الضأنِ** »[5] **ه**[6] قالوا وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خالط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد. والجذع من الضأن ما تم له ستّة أشهر عند الفقهاء. وذكر الزعفراني أنّه ابن سبعة أشهر. **ضح**[7] **جت**[8] ما تم له ثمانية أشهر. وعن الزعفراني ثمانية أو تسعة وما دونه حمل. **ه**[9] والثني منها ومن المعز ابن سنة. ومن البقر ابن سنتين. ومن الإبل ابن خمس سنين. **ضح**[10] و **شج**[11] الثني من الإبل ما طعن في السنة الخامسة. والأوّل أصحّ وأوضح. **ه**[12] ويدخل في البقر الجاموس. لأنّه من جنسه. والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم. لأنّه الأصل في التبعية حتّى إذا نزا الذئب على الشاة يضحي بالولد. ولو اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهما فقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم. وإن كان شريك الستة نصرانياً

---

[1] أبو داود السنن "**ضحايا**" ٤؛ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٢٠/٦.

[2] ه : هداية

[3] ضح: إيضاح

[4] مسلم الصحيح "**أضاحي**" ١٣؛ أبو داود السنن "**ضحايا**" ٥؛ النسائي السنن الكبرى "**ضحايا**" ١٣؛ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣١٢/٣.

[5] الترمذي السنن "**أضاحي**" ٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٤٤/٢؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧١/٩.

[6] ه : هداية

[7] ضح : إيضاح

[8] جت : جمع التفاريق للبقالي

[9] ه : هداية

[10] ضح : إيضاح

[11] شج : شرح الجلالي

[12] ه : هداية

أو رجلاً يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم. لأنّ البقرة إنما يجوز عن السبعة بشرط أن يريد الكلّ القربة. وإن اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتعة عندنا.[1] وقد وجد هذا الشرط في الأول. لأنّ التضحية عن الغير عرفت قربة. ألا يرى « **أن النبي ﷺ ضحى عن أمته** »[2] ولا كذلك في الوجه الثاني. وعن أبي يوسف أنّه لا يجوز في الوجهين وهو القياس كالإعتاق عن الميت. لكنّا استحسنّا. وقلنا القربة تقع عن الميّت كالتصدّق عنه بخلاف الإعتاق. لأنّ فيه إلزام الولاء الميت. وإنّه ممتنع. ولو ذبحها عن صغير في الورثة أو أمّ ولد جاز لما بيّنّا أنّها قربة. ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزيهم لما مرّ.

قال: **ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويدّخر.**

لقوله ﷺ « **كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادّخروا** »[3] متى جاز أكله مع غناه جاز أن يطعمها الغني.

قال: **ويستحبّ أن لا ينقص الصدقة من الثلث.**

لأن الجهات ثلاثة الأكل والادّخار لما روينا من الحديث. والإطعام [٤٠٤/أ] لقوله تعالى ﴿ **وأطعموا القانع والمعترّ** ﴾[4] فانقسم عليها أثلاثاً.

قال: **ويتصدّق بجلدها.**

لأنه جزء منها.

قال: **أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت.**

كالنطع أو الجراب والغربال والخفّ ونحوه لإباحة الانتفاع بها.

قال: **ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقاءه.**

استحساناً نحو ما ذكرنا من الأشياء. فإن للبدل حكم المبدل. ولا يشتري بها ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخل والأبازير[5] اعتباراً بالبيع بالدراهم. واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح. فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ والأبازير اعتباراً بالبيع بالدراهم. واللحم بمنزلة

---

١ ق : + جاز

٢ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢١٨.

٣ البخاري الصحيح "**أضاحي**" ١٦؛ مسلم الصحيح " **أضاحي** " ٥؛ النسائي السنن الكبرى

الجلد في الصحيح. فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ باستهلاكه[1] تصدق بثمنه. لأنّ القربة انتقلت إلى بدله. وقوله ﷺ « **من باع جلدَ أضحيتِه فلا أضحيةَ له** »[2] يفيد كراهة البيع مع جوازه لقيام الملك والقدرة على التسليم. ضح[3] وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وعن أبي يوسف بيع الأضحية أو جلدها أو لحمها باطل. لأنّه بمنزلة الوقف. وعن الزعفراني إذا صرف المأكول في المأكول وغير المأكول بغير المأكول يجوز كمقايضة اللحم باللحم أو بالإلية أو الأبازير ومقايضة الجلد بالخفّ والجراب ونحوها لاتّحاد المقصود فيها.

قال: **ولا يعطي أجرة الجزّار منها.**

لقوله ﷺ لعلي رضي الله عنه « **تصدَّقْ بجلالها وخطامها ولا تُعطِ الجَزَّارَ منها شيئاً** »[4] والنهي عنه نهي عن البيع أيضاً. لأنّه في معنى البيع. ويكره أن يجز صوف أضحيته. وينتفع بها قبل أن يذبحها. لأنّه التزام إقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لإقامة القربة بها. ويكره أن يحلب لبنها كما في الصوف.

قال: **والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إذا كان يحسن ذلك.**

لأن إقامة القربة بنفسه أولى. وإلا فيستعين بغيره بعد أن يشهدها بنفسه لقوله ﷺ لفاطمة رضي الله عنها « **قومي فاشهَدِي أُضحِيّتَكِ فإنه يُغفرُ لكِ بأوّلِ قطرةٍ من دمها كلّ ذنبٍ** »[5]

قال: **ويكره أن يذبحها الكتابي.**

لأنّه قربة وليس هو من أهلها. فلو أمره ففعل جاز. لأنّه من أهل الذكاة. والقربة أقيمت بنيته وإنابته.

قال: **ولا يحلّ أن يذبحها المجوسي.**

لأنه ليس من أهل الذكاة أصلاً.

قال: **وإذا غلط رجلان فذبح كلّ واحد منهما أضحية الآخر أجزئ عنهما ولا ضمان عليهما.**

---

[1] ق : – كالخل والأبازير اعتباراً بالبيع بالدراهم. واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح. فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ باستهلاكه

[2] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩/٢٩٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢٨٧.

[3] ضح : إيضاح

[4] البخاري الصحيح "**حج**" ١١٩؛ مسلم الصحيح "**حج**" ٣٩٤؛ أبو داود السنن "**مناسك**" ٢٠؛ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ٩٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١/٧٩.

[5] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٥/٢٣٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢٨٩.

وهذا استحسان. والأصل فيه أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحلّ ويضمن قيمتها. ولا يجزيه من الأضحية. وهو قول زفر. وفي الاستحسان يجوز. وتقع عن الأضحية ولا يضمن. لأنّها تعينت للذبح لتعينها للأضحية. ووجب ذبحها في أيّام النحر. وكره بيعها وتبديلها فصار مالكها مستعيناً بكل من يتأهل لذبحها إذناً له فيها دلالة. لأنّه يحتمل أن يعجز عن إقامتها لعوارض تعرض له في أيّام النحر. فصار كما إذا ذبح شاة. شدّ القصاب رجلها ليذبحها غاية ما في الباب. إنّه بفوته مستحبّ [٤٠٤/ب] شهوده فلا يرتضيه. لكنّه يحصل له القربة بغير عنائه وتعجل مقصوده فيرتضيه. ه[1] ولعلمائنا من هذا الجنس مسائل استحسانية. وهو أن من طبخ لحم غيره بغير إذنه أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابّته فعطبت يكون ضامناً. ولو وضع المالك اللحم في القدر وهو على الكانون وتحتها الحطب أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابّة أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابّته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه أو ساق الدابّة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت أو حمل على دابّته ما سقط منها لم يضمن في هذه الصور استحساناً لوجود الإذن دلالة. إذا ثبت هذا قلنا في مسألة الكتاب لما اشتراها كلّ واحد منهما للأضحية صار إذناً له دلالة في الذبح فلا يضمن. لأنّه وكيله فيه. ويأخذ كلّ واحد منهما مسلوخة استحساناً خلافاً لزفر. فإن عُلما بعد الأكل فليحلل كلّ واحد منهما صاحبه ويجزيهما. وإن تشاحا فلكلّ واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثمّ يتصدّق بتلك القيمة. لأنّه كالبيع. ه[2] ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته. لأنّه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها حيث لا يجزيه عن الأضحية. لأنّه لا يضمنها إلا بالذبح فلم يثبت الملك إلا بعد الذبح. ضح[3] وقيل يجزيه. لأنّه ضمنها بالإضجاع والشدّ.

قلت لم يعدّ المصنّف المستحبّات في الأضحية. ولم يذكر الأفضل في التضحية فأردت أن الحقّ بها هذين الفصلين تتميماً لكتاب الأضحية.

٥٤. ١. ٣ فصل في ما يستحبّ في الذبح وقبله وبعده

وقد عدّ من المستحبّات في ضح[4] أكثر من عشرة.

منها أن يربط الأضحية قبل أيّام النحر. فإن فيها أجراً عظيماً واستعداداً للطاعة وإظهاراً للرغبة.

---

[1] ه : هداية
[2] ه : هداية
[3] ضح : إيضاح
[4] ضح : إيضاح

ومنها أن يجتهد في استسمانها واستعظامها. قال الله تعالى ﴿ **ومن يعظم شعائر الله فإنها من تقوى القلوب** ﴾[1] قال ابن عبّاس رضي الله عنهما ذاك في استسمانها واستعظامها.

ومنها أن يقلدها ويجللها كالهدايا.

ومنها أن يسوقها إلى المذبح سوقاً جميلاً لما مرّ من حديث الإحسان ولقوله عمر رضي الله عنه سُقها جميلاً.

ومنها أن يحدّ شفرته متنحياً عنها للحديث.

ومنها أن يشدّ قوائمه الثلاث.

ومنها أن يستقبل بها القبلة للذبح. وهو الأصحّ للحديث.

ومنها أن يقول الذابح قبل الذبح منفصلاً عن التسمية ﴿ **وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين** ﴾[2] ﴿ **إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أُمرتُ وأنا أول المسلمين** ﴾[3] « **اللهم تقبّل مني هذه الأضحية واجعلها قرباناً لوجهك خالصاً وأعظم أجري بها** »[4] هكذا [٤٠٥/أ] ورد عن النبي عليه السلام .

ومنها أن ينوي التقرّب بها لقوله عليه السلام « **إنما لكل امرئ من عمله ما نوى** »[5] ومنها أن ينحر الجزور ويذبح الشاة والبقر على ما مرّ.

ومنها أن يأتي بالتسمية المأثورة بسم الله والله أكبر. ويجردها صورة ومعنى.

ومنها أن يباشر الذبح بنفسها أو يشهدها.

ومنها أن يكون الذابح مسلماً.

ومنها أن يكون طاهراً لقوله عليه السلام « **ولا يذبحن أضاحيكم إلا طاهر ولا يأكل منها إلا مؤمن** »[6]

ومنها أن لا يسرع في سلخها ويتركها حتّى يزول الحياة عن جميع أعضائها.

---

١ [illegible]

٢ [illegible]

٣ [illegible]

٤ [illegible] ر ١٢٦٨٥.

٥ البخاري الصحيح "**عتق**" ٦؛ مسلم الصحيح "**إمارة**" ٤٥؛ أبو داود السنن "**طلاق**" ١١؛ الترمذي السنن "**فضائل الجهاد**" ١٦.

٦ أبو شجاع شيرويه بن شهردار الفردوس ١٤٨/٥.

ومنها أن يأكل منها ويطعم الفقراء لقوله تعالى ﴿ **فكلوا منها وأطعموا القانع والمعترّ** ﴾[1] ومنها أن يدّخر منها شيئاً كالإلية والشحم لما مرّ.

٥٤ . ١ . ٤ فصل الأفضل في الضحايا ضح[2]

قال الخوميني[3] البقرة أفضل من الشاة إذا استويا قيمة. لأنّها أكثر لحماً. والشاة أفضل من سُبع البقرة إذا استويا قيمة. لأنّها أطيب لحماً. فإن كان السُبع أكثر قيمة أو لحماً فهو أفضل. والأصل فيه أنّه يعتبر الفضل في القيمة أولاً. فإن استويا فالزيادة في اللحم. فإن استويا فأطيبهما. ففحل أو كبش بعشرين أفضل من خصي ونعجة بخمسة عشر. قال ﷺ « **أفضل الرقاب أغلاها ثمناً** »[4] وإن استويا قيمة والفحل أو الكبش أكثر لحماً كان أولى. لأنّه أنفع للفقراء. والجذع من الضأن أفضل من الثني من المعز لحديث جبريل للنبي ﷺ « **واعلم يا محمد أن الجذع من الضأن خير من السيد من المعز** »[5]

والبقر أفضل من ستّة شياه إذا استويا قيمة ولحماً. لأنّها أكثر دماً لكنّه ذكر بعد هذا ما ينافي هذا فقال الشاة أفضل من البقرة إذا استويا قيمة. لأنّ بعض أجزاء البقرة يقع تطوعاً. فلو ضحى أحدهم بشاة بسبعين والثاني ببقرة بسبعين والثالث تصدق بالسبعين فالأول أفضل منهما والثاني من الثالث. والأوّل أصحّ. لأنّ التضحية تقع بسُبع البقرة إذا اقتصر عليه. وإن ضحى الكلّ فرضاً كان الصلاة. فإن الفرض منها ما ينطلق عليه الاسم. ثمّ إذا طولها يقع الكلّ فرضاً كذا هذا. والمسألة محمولة على ما إذا استويا قيمة ولحماً. ثمّ الذكر من الضأن أفضل من الأنثى. والأنثى من المعز أفضل من الكبش والأنثى من البقر والإبل أفضل من الذكر. يعني إذا استوت قيمة ولحماً لطيب لحم الأفضل. والأفضل أن يكون كبشاً أملح أقرن أي أبيض ذا قرن عظيم لقوله ﷺ « **دم العفارء عند الله تعالى مثل دم[6] السوداوين** »[7] وروي « **أنه** ﷺ

القرشي الجواهر المضيئة ٤١١/١.

[4] علي المتقي كنز العمال ٣١٥/١٠ ر ٢٩٥٧٤.

[5] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٧١/٩ ر ١٨٨٥٥.

[6] الآدم من الظباء ذو الجدتين السوداوين ولونه إلى الحمرة

[7] الطبراني "**المعجم الكبير**" ١٠٩/١١ ر ١١٢٠١.

ضحَّى بكَبشيْن أمْلَحيْن أقْرَنَيْن سمينين موجوئيْن »[1] أي والأفضل أن يكون سميناً سليماً عن جميع العيوب. وإن كانت يسيرة قال النبي ﷺ « **أحبّ الضحايا إلى الله تعالى أسمنها وأغلاها ثمناً** »[2]

---

[1] أبو داود السنن "**ضحايا**" ٤؛ ابن ماجه السنن "**أضاحي**" ١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٦/٢٢٠.

[2] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩/٢٧٢ ر ١٨٨٦٢.



٥٥ كتاب الأيمان



اعلم بأن اليمين[1] في اللغة مشتقّة من القوّة. ومنه قول قائلهم [٤٠٥/ب] إذا ما رَايَةٌ رُفِعتْ لِمَجدٍ تَلقَّاها عَرَابة باليمينِ أي بالقوّة. وقيل من اليمين الّتي هي الجارحة المخصوصة بمشاركة الدفع.

والخصومات

بينهما. المبسوط ٨/١٢٦.



٥٥ . ١ باب في أنواع اليمين

قال: **الأيمان على ثلاثة أضرب يمين غموس ويمين منعقدة ويمين لغو. فاليمين الغموس هي الحلف على أمرٍ ماضٍ تعمّد الكذب فيها فهذه اليمين يأثم بها صاحبها.**

لقوله ﷺ « **من حلف بالله كاذباً أدخله النار** »[١] وقوله ﷺ « **أكبر الكبائر سبع** »[٢] وعدّ منها اليمين الغموس. وهي كما يكون في الماضي بأن قال "واللهِ ما فعلت كذا" أو قال "واللهِ لقد فعلت كذا" وهو يعلم خلافه يكون في الحال أيضاً كما لو قال "واللهِ ما عليّ له دين" أو "أملك كذا" أو "لا أملك كذا" وهو يعلم خلافه.

قال: **ولا كفّارة فيها إلا الاستغفار.**

وقال الشافعي فيها الكفّارة. لأنّها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى فأشبه المنعقدة. ولنا أنّها كبيرة محضة. والكفّارة ههنا عبادة حتّى يتأدّى بالصوم. ويشترط فيها النيّة. فلا تناط بالكبيرة المحضة بخلاف المعقودة. لأنّها مباحة. ولو كان فيها ذنب كان متأخّراً. وفي الغموس لازم مقارن على أن ذنبها لما كان أكبر وأعظم لا يرفعه. ولا يكفره إلا التوبة النصوح والاستغفار. وفي المنعقدة لما كان أخفّ كفاه الكفّارة مكفرة ورافعة. ولهذا المعنى ترك الواجب في الصلاة عمداً لا يوجب السجود وتركه ناسياً يوجب.

٥٥ . ١ . ١ فصل في اليمين المنعقدة

قال: **واليمين المنعقدة الحلف على أمر[٣] في[٤] المستقبل أن يفعله أو لا يفعله فإذا حنث في ذلك لزمته الكفّارة.**

---

١ البخاري الصحيح **"شهادات"** ٢٦؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٣٧/١٠؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٥٤٩/٧.

٢ البخاري الصحيح **"ديات"** ٢؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٤٦١/١٠ بلفظ "أكبر الكبائر الإشراك بالله عز وجل وعقوق الوالدينو اليمين

لقوله تعالى ﴿ **ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان** ﴾[2] الآية.

٥٥. ١. ٢ فصل في اليمين اللغو

قال: **واليمين اللغو أن يحلف على أمرٍ ماضٍ وهو يظنّ أنّه كما قال والأمر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها.**

لقوله تعالى ﴿ **لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم** ﴾[3] وإنّما علّقه بالرجاء إما تواضعاً أو للاختلاف في تفسير اللغو. **ك**[4] قال الشافعي[5] اللغو الّذي لم يقصده في الماضي والمستقبل. وقال محمد عين اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا واللهِ وبلى واللهِ. وهو يقرّر ما قاله الشافعي. وقيل اللغو اليمين المكفرة. وفي إحدى الروايتين عن ابن عبّاس رضي الله عنهما اليمين في الغضب وجه قولهما حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي عليه السلام أنّه قال « **إن اللغو قول الرجل لا والله وبلى والله** »[6] ومذهبنا مروي عن ابن عبّاس وزُرارة بن أبي أوفى رضي الله عنه. **ك**[7] واللغو أن يحلف على شيء. وهو يرى أنّه حقّ وليس بحقّ. وذلك يكون في الماضي كقوله "دخلت الدار" وهو يظنّ الدخول. وقد يكون على الحال كقوله "إن هذا المقبل لزيد" يظنه زيداً.

قال: **والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً سواء.**

خلافاً للشافعي لقوله عليه السلام « **رُفع عنكم الخطأ [٤٠٦/أ] والنسيان وما استكرهتم عليه** »[8] ولنا قوله عليه السلام « **ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ النكاح والطلاق واليمين** »[9] **ه**[10] وكذا إذا فعله وهو مُغمى عليه أو مجنون يعني يحنث في يمينه.

---

[1] ق : - في

[2] المائدة ٥/٨٩

[3] المائدة ٥/٨٩

[4] ك : الكفاية للبيهقي

[5] ق : + بيمين

[6] البخاري الصحيح **"التفسير"** ٤؛ أبو داود السنن **"الأيمان والنذور"** ٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٠/٤٨.

[7] ك : الكفاية للبيهقي

[8] ابن ماجه السنن **"طلاق"** ١٦؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤/٨٢؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٦/٨٤؛ الطبراني **"الأوسط"** ٢/٩٧ بلفظ "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"

[9] أبو داود السنن **"طلاق"** ٩؛ الترمذي السنن **"طلاق"** ٩؛ ابن ماجه السنن **"طلاق"** ١٣.

[10] ه : هداية

٥٥. ١. ٣ فصل في ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال: **واليمين بالله عز وجل أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته كعزّة الله تعالى وجلاله وكبريائه.**

لأن الحلف بها متعارف. واليمين وهو القوّة في المنع أو الحمل حاصل. لأنّه يعتقد تعظيم ذاته وصفاته فصار ذكره حاملاً أو مانعاً.

قال: **إلا قوله "وعلم الله" فإنّه لا يكون يميناً.**

لأنه غير متعارف. ولأنّه يذكر ويراد به المعلوم. يقال في الدعاء "اللهمّ اغفر علمك فينا" أي معلومك. وقال تعالى ﴿ **ولا يحيطون بشيء من علمه** ﴾[١] أي معلومه ومعلومه غير الله فكان عيناً بغيره. **بط**[٢] ظاهر مذهب أصحابنا أن جميع أسماء الله تعالى في الحكم سواء تعارفوا اليمين بها أو لا. وقيل كلّ اسم لا يسمّى به غير الله كالرحمن كان يميناً. وإن كان يسمّى به غيره كالحكيم والعالم. فإن أراد به اليمين فيمين. وإلاّ فلا. وعن بشر المريسي وأبي الليث إذا قال والرحمن فإن أراد به اسم الله تعالى فيمين. وإن أراد سورة الرحمن فلا.

قال: **وإن حلف بصفة من صفات الفعل كغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً.**

وكذا ورحمة الله. لأنّ اليمين غير متعارف بها. ولأنّها يذكر ويراد أثرها كالعقوبة والمطر.

قال: **ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي ﷺ والقرآن والكعبة.**

لقوله ﷺ « **من كان حالفاً فلْيَحلِفْ بالله أو لِيَذَرْ** »[٣]

قلت معناه إذا قال بالنبي والقرآن. أما لو قال "أنا برئ منه" فيمين. لأنّ التبرّي منها كفر.

قال: **والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقولنا "واللهِ" والباء كقولنا "باللهِ" والتاء كقولنا "تاللهِ."**

بالنقل. ولأنّها معهود في الأيمان ومذكورة في أيمان القرآن.

---

[١] البقرة ٢/٢٥٥

[٢] بط : بحر محيط

[٣] مسلم الصحيح **"أيمان"** ٦؛ أبو داود السنن **"أيمان والنذر"** ٥؛ النسائي السنن الكبرى **"أيمان والنذر"** ٤؛ ابن ماجه السنن **"كفارات"** ٢؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣/٣٠٤.

قلت لكن الباء أصل فيه لكونه صلة فعل القسم فلا أصالته يدخل على كلّ اسم مظهراً كان أو مضمراً كقوله "بك لأفعلن." والواو تدخل على المظهر كقوله "والرحمن والرحيم والشمس والليل والضحى." والتاء لا تدخل إلا على اسم الله وحده.

قال: **وقد يضمر الحروف فيكون حالفاً كقولهم "الله لا أفعل."**[1]

لأن الجر والخبر بعده دلاً[2] على حذف حروف القسم. وحذفه معتاد بين العرب. **ه**[3] وكذا إذا قال لله.[4]

قال: **قال أبو حنيفة إذا قال "وحق الله" فليس بحالف.**

وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وعنه أنّه يمين. لأنّ الحقّ من صفاته الذاتية. واليمين به متعارف أيضاً. ولهما أن حقّ الله تعالى طاعته. وهي غير الله. والحلف بغير الله تعالى ليس بيمين. **ه**[5] قالوا لو قال "والحق" فيمين. ولو قال "حقاً" فليس بيمين. **بط**[6] "والحق" [٤٠٦/ب] يمين بالاتّفاق. وفي قوله "وحقاً أو حقاً" اختلاف المشايخ. والأكثر على أنّه ليس بيمين. **شج**[7] وحرمة الله نظير قوله "وحق الله." وفي فتاوى النسفي لحرمة شهر الله وبحرمة لا إله إلا الله ليس بيمين. **شب**[8] واسم الله يمين. ووفي قوله بسم الله اختلاف المشايخ. والأصحّ أنّه ليس بيمين. **فك**[9] ينوي **م**[10] عن محمد أنّه يمين مطلقاً. **ط**[11] ولو قال الطالب الغالب لا أفعل كذا فيمين. وهو متعارف أهل بغداد. **شس**[12] ووجه الله يمين عند أبي يوسف خلافهما. **بط**[13] لعمر والله وأيم الله يمين. لأنّ عمر الله بقاؤه. وأيم جمع يمين. وقيل صلة كالواو. **شص**[14] ويمين الله لا أفعلن كذا يمين. ولو قال واللـــ بغير هاء كعادة الشطار فيمين.

---

[1] ق : لا أفعلن
[2] ق : ولا
[3] ف : + تعالى
[4] ك : الكفاية للبيهقي
[5] ه : هداية
[6] بط : بحر محيط
[7] شج : شرح الجلالي
[8] شب : شرح بكر خواهر زاده
[9] فك : فتاوى ابو الفضل الكرماني
[10] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[11] ط : المحيط
[12] شس : شرح السرخسي
[13] بط : بحر محيط
[14] شص : شرح الصباغي

قلت فعلى هذا ما يستعمله الأتراك باللـــ بغير هاء يمين أيضاً. **شص**[1] قال بالفارسية حرام كه فلان كارنكنم عين وبالعربية ليس بيمين.[2]

قال: **وإذا قال "أقسم" أو "اقسم بالله" أو "أحلف" أو "أحلف بالله" أو "أشهد أو أشهد بالله" فهو حالف.**

أما اللفظان الأوّلان فلأنّهما من ألفاظ اليمين. وأما "أشهد" فيستعمل لليمين أيضاً. قال تعالى ﴿ **قالوا نشهد إنك لرسول الله** ﴾[3] ثمّ قال تعالى ﴿ **اتّخذوا أيمانهم جُنة** ﴾[4] فعلم بأن يشهد أيمان. ولما كان اليمين بالله معهوداً وبغيره محظوراً صرف إليه أقسم لأفعلن كذا أو أحلف أو أشهد. ولا يحتاج إلى النيّة. وقيل لا بدّ منها لاحتمال العدة. واليمين بغير الله. **ه**[5] **شق**[6] إذا قصد بها غير اليمين لم يكن حالفاً بالله. **بط**[7] ذكر أعزم أو أعزم بالله مع هذه الألفاظ.[8]

قلت قوله "أشهد" صحّ بفتح الهمزة والهاء وضم الهمزة وكسر الهاء خطأ. لو قال بالفارسية "سوكند ميخورم بخداي" فيمين. ولو قال "سوكند خورم." قيل لا يكون يميناً. ولو قال "سوكند خورم بطلاق زنم" لا يكون يميناً لعدم التعارف.[9]

قلت وبالخوارزمية "سوكند جزء أمتي" يمين. "سوكند جزا مكاعدة" وليس بيمين. وقولهم "سوكند خرامحام وأبا خردك باروزد" ليس بيمين.

---

[1] شص : شرح الصباغي

المحيط البرهاني ٤/١٦٠.

[3] المنافقون ٦٣/١

[4] المنافقون ٦٣/٢

[5] ه : هداية

[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

الكفارة. كتاب الأصل للشيباني ٣/١٧٥.

[9] ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا لأنه للحال ولو قال سوكندخورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوكندخورم

متعارف. الهداية ٢/٧٤.

قال: **وكذلك قوله و"عهد الله" و"ميثاقه" أو "عليّ نذر أو نذر الله."**

لأن العهد يمين قال تعالى ﴿ **وأوفوا بعهد الله** ﴾[1] ثمّ قال تعالى ﴿ **ولا تنقضوا الأيمان** ﴾[2] والميثاق بمعنى العهد فكان يميناً. وأما النذر فلقوله عليه السلام « **ومن نذر نذراً ولم يسم فعليه كفّارة يمين** »[3] **بط**[4] **ن**[5] أشهد ليس بيمين ما لم يعلقه بالشرط. وقوله عليّ نذر يمين. وإن سكت قال أستاذنا رضي الله عنه وفي المنتقى وجامع الكرخي ما يشبه خلاف مسألة النذر.

قلت فعلم بهذا أن هذه الألفاظ لا يكون يميناً ما لم تعلّق بشيء. **جت**[6] عن ابن مقاتل أشهد الله لا أفعل[7] يستغفر الله ولا كفّارة. **ط**[8] ولو قال "عليّ يمين أو يمين الله" فيمين. **م**[9] قال "عليّ يمين" يريد به الإيجاب لا كفّارة عليه إذا لم يُعلقه بشيء. وكذا إذا قال "لله عليّ يمين." [٤٠٧/أ] هكذا روي عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة عليّ يمين لا كفّارة بها يريد الإيجاب فعليه يمين لها كفّارة. في جامع الكرخي "لله عليّ" فليس عليه شيء. **م**[10] مثله كرخي لله عليّ يمين غداً أو لله عليّ نذر غداً مثل قوله والله غداً يعني ليس بيمين. ولو نوى بالنذر حجاً أو صوماً لزمه.

قال: **و"إن فعلت كذا فأنا يهودي أو نصراني أو كافر."**[11] **ك**[12]

أو قال "أنا[13] بريء من الإسلام أو من القرآن أو أعبدك من دون الله أو أعبد الصليب إن فعلت كذا" فيمين استحساناً خلافاً للشافعي. لأنّه حلف بالمعصية كقوله أنا زاني أو شارب خمر. ولنا أن هذه الأشياء حرام على التأبيد لحق الله كهتك حرمة اسم الله بخلاف الزنى وشرب الخمر. لأنّه عرف حرمتهما بالشرع. **بط**[14] لأنّه لما جعل الكفر علماً على الشرط فقد اعتقده واجب الامتناع. لكن لغيره فأشبه اليمين

---

[1] النحل ٩١/١٦

[2] النحل ٩١/١٦

[3] ابن ماجه السنن **"كفارة اليمين"** ١٧؛ الطبراني **"المعجم الكبير"** ٢٤٤/٩؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٣٠٥/٣.

[4] بط : بحر محيط

[5] ن : النوازل

[6] جت : جمع التفاريق للبقالي

[7] ف، ق : لا أفعلن

[8] ط : المحيط

[9] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[10] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[11] ق : + فهو يمين

[12] ك : الكفاية للبيهقي

[13] ق : – أنا

[14] بط : بحر محيط

فجعل مجازاً عنها كتحريم الحلال. ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل. وقيل يكفر. لأنّه يتنجز كأنه قال هو يهودي. والصحيح أنّه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنّه يمين. وإن اعتقد أنّه يكفر بالحلف يكفر فيهما.[1] لأنّه رضي بالكفر. **بط**[2] وفي المستقبل إذا فعله اختلاف المشايخ. **شس**[3] والفتوى على أنّه إن اعتقد الكفر به يكفر. وإلاّ فلا في المستقبل والماضي جميعاً. وفيه قال ابن مقاتل في الماضي يكفر دون المستقبل. وعن أبي يوسف لا يكفر. **ط**[4] وفي قوله يعلم الله أنّه فعل كذا أو لم يفعل كذا وهو يعلم خلافه اختلاف المشايخ. وعامتهم على أنّه يكفر. **قخ**[5] لو قال الله يعلم أني ما فعلت كذا وهو يعلم أنّه كاذب. قيل لا يكفر. وهو رواية عن أبي يوسف. لأنّه قصد به ترويج الكذب دون الكفر.

قلت فعلى هذا إذا وطئ المصحف أنّه فعل كذا أو لم يفعل كذا وكان كاذباً لا يكفر. لأنّه يقصد به ترويج كذبه لا إهانة المصحف. **بط**[6] لو قال هو يأكل الميتة إن فعل كذا أو يستحل الخمر والخنزير فليس بيمين. وأصله إن تعلّق ما تسقط حرمته بحال ما كالميتة والخمر والخنزير لا يكون يميناً. وما لا يسقط كألفاظ الكفر فيمين. ولو قال إن فعلت كذا فاشهدوا عليّ بالنصرانية أو أنا شر من المجوسي[7] أو شريك له أو للكفار فيمين. ولو قال جميع ما فعله المجوس أو اليهود فعلى عنقي إن فعلت كذا ففعل لا شيء عليه. **مت**[8] بالخ أي نحيا كدمي فيندك إن فعلت كذا فيمين. ولو قال هرجه كرده بكافران دادم فليس بيمين. **مت**[9] لو قال صومي لليهود إن فعلت. كذا إن أراد به القربة فيمين. وإن أراد الثواب فلا. **عت**[10] قال[11]

---

١ ق : بهما

٢ بط : بحر محيط

٣ شس : شرح السرخسي

٤ ط : المحيط

٥ قخ : قاضي خان

مجد الأئمة الترجماني

٩ مت : مجد الأئمة الترجماني

١٠ عت : عمر الترجماني

١١ ف : لو قال

صلواتي وصياماتي لهذا الكافر إن فعلت كذا فليس بيمين. وكذا قوله أي رمضان ماح مندواينك. **عت**[1] لو قال أي فيندك مي خصم فليس بيمين. وقال أبو حامد عين.[2]

قال: **وإذا قال "فعلي غضب الله وسخطه"**[3] [٤٠٧/ب] **أو "أنا زان أو شارب خمر أو آكل ربا" فليس بحالف.**

لما مرّ. **بط**[4] لو قال "أنا بريء من الله" فيمين. وكذا "بريء من الله وبرسوله وبريء من رسوله"[5] فيمينان. **شس**[6] "إن فعلت كذا فأنا بريء من الله ورسوله والله ورسوله بريئان منه" فأربعة أيمان. قيل والأصحّ هو الأوّل. قال "إن فعلت كذا فأنا بريء من الله ألف مرّة" ففعل لزمته كفّارة واحدة. ولو قال "بذرفتم هذا ربار أزخداي كه فلان ارنكنم" ففعل فعليه ألف كفّارة.[7] ولو قال "إن كنت فعلت كذا فأبرئ من الله" وهو يعلم أنّه كاذب فجوابه ما مرّ في تعليق الكفر بالماضي. ولو قال "أنا بريء من القرآن أو مما في المصحف" فيمين. ولو قال "من المصحف" فليس بيمين.[8] ولو قال "أنا بريء من كلّ أية في المصحف" أو قال "بريء من ستّة آلاف وستمائة آية في القرآن" أو قال "بريء من كتب الله الأربعة" أو قال "بريء من التوراة والإنجيل والزبور والفرقان" فيمين واحدة. وإن كرّر مع كلّ واحدة منها لفظ البراءة فأيمان. ولو

---

[1] عت : عمر الترجماني

[2] ق : + رمضان

[3] ق : ورسوله

[4] بط : بحر محيط

[5] ق : من الله

[6] شس : شرح السرخسي

[7] [illegible] يميناً. فتاوى قاضيخان ٢/٣.

[8] ف : – بيمين

رفع دفتراً من الفقه أو اللغة أو الحساب فيه ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾[1] فقال "أنا برئ مما فيه" إن فعلت كذا فيمين كقوله أنا برئ من ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾[2] ولو قال "إن فعلت كذا فأنا برئ من الإسلام" أو قال[3] "من صوم رمضان أو من[4] الصلاة" فيمين. ولو قال "من صومي أو صلاتي أو حجي الّتي فعلت" فليس بيمين بخلاف قوله "من القرآن الّذي تعلمت."

---

[1] النمل ٣٠\٢٧

[2] النمل ٣٠\٢٧

[3] ق : - قال

[4] ف : - من



٢ .٥٥ باب في كفّارة اليمين

قال: **وكفّارة اليمين عتق رقبة تجزئ فيها ما يجزئ في الظهار. وإن شاء كسا عشرة مساكين كلّ واحد منهم ثوباً فما زاد أدناه ما يجزئ فيه الصلاة. وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفّارة الظهار.**

لقوله تعالى ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوهم أو تحرير رقبة** ﴾[١] وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة.

قال: **فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيّام متتابعات.**

وقال الشافعي يخير للإطلاق النصّ. ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات[٢] وهي كالخبر المشهور.[٣] ه[٤] روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف إن أدنى الكسوة ما يستر عامّة بدنه حتّى لا يجوز السراويل وهو الصحيح. لأنّ لابسه يسمّى في العرف عارياً. والمذكور في الكتاب مروي عن محمد. ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الإطعام باعتبار القيمة.

قال: **وإن قدم الكفّارة على الحنث لم يجزه.**

وقال الشافعي يجزيه بالمال. لأنّه وجد بعد السبب. وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح. ولنا أن الكفّارة لستر الجناية. ولا جناية قبل الحنث. [٤٠٨/أ] واليمين ليست بسبب. لأنّها مانعة من الحنث غير مفضية إليه بخلاف الجرح لإفضائه إلى الموت. ثمّ لا يسترد من المسكين إذا قدم لوقوعه صدقة. بط[٥] كفر بالصوم وفي ملكه رقبة أو ثياب أو طعام قد نسيه. قيل يجزيه عند أبي حنيفة ومحمد. والصحيح أنّه لا يجزيه.

---

١ المائدة ٨٩/٥

٢ ق : – فصيام ثلاثة أيام متتابعات

٣ ق : + فيه

٤ ه : هداية

٥ بط : بحر محيط

وحدّ اليسار في كفّارة اليمين أن يكون له فضل عن كفافه مقدار ما يكفر به يمينه. ولو كان في ملكه عين المنصوص عليه كرقبة واحدة أو ثياب عشرة مساكين أو طعامهم لا غير لا يعتبر اليسار والإعسار. ولا يجزيه الصوم. وإن كان محتاجاً إلى خدمة العبد والثياب والطعام. وعن أبي يوسف إذا كان له فضل على الكفاف في المسكن والكسوة والخدمة لا يجزيه الصوم. والفضل قدر[1] مائتي درهم. وقيل روي قدر ما يشتري به أحد الأشياء الثلاثة كالطعام. **شس**[2] وعن أبي يوسف إذا كان ماله أقلّ من مائتي درهم يجزيه الصوم. وظاهر المذهب أنّه إذا فضل عن حاجته قدر ما يكفر به لا يجزيه الصوم. **ط**[3] وعن الحسن عن أبي حنيفة إذا كان له قدر ما يشتري به طعام عشرة مساكين لا غير لا يجزيه الصوم. وقال ابن مقاتل من له قوت يوم وليلة لا غير وهو يساوي عشرة لا يجزيه الصوم. وقيل إذا كان له أقلّ من قوت شهر يجزيه الصوم. وعن محمد المحترف يمسك قوت يوم والذي لا يعمل بنفسه قوت شهر. ولو كان ماله غائباً أو ديناً على الناس ولا يجد ما يكفر به يجزيه الصوم إلا في العبد الغائب. لأنّه يجوز إعتاقه عن الكفّارة مع غيبته أو إباقه عن أبي حنيفة ومحمد له أموال وعليه ديون مستغرقة لا يجزيه الصوم قبل قضائها. وقيل مجزية في الجامع الأصغر وهب ماله وسلم ثمّ صام ثمّ رجع في الهبة أجزأه الصوم. والمعتبر في التكفير حالة الأداء لا غير. **شط**[4] بذل ابن المعسر لأبيه مالاً ليكفر به لا يثبت القدرة به بالإجماع. وكذا الأجنبي.

قال: **ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلّي أو لا يكلم أباه أو ليقتلنّ فلاناً فينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه.**

لقوله ﷺ « **من حلف على يمين ورأى غيرَها خيراً منها فليأْتِ بالذي هو خير ولْيُكفّر يمينه** »[5] ولأنّ في التحنيث تفويت البرّ إلى جابر الكفّارة ولا جابر للمعصية في ضدّه.[6]

قال: **وإذا حلف الكافر ثمّ حنث في حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه.**

---

[1] ق : - قدر

[2] شس : شرح السرخسي

[3] ط : المحيط

[4] شط : شرح الطحاوي

[5] البخاري الصحيح "**خُمس**" ١٥؛ مسلم الصحيح "**أيمان**" ١١؛ أبو داود السنن "**أيمان والنذر**" ١٥؛ الترمذي السنن "**نذر والأيمان**" ٦؛ النسائي السنن الكبرى "**أيمان والنذر**" ١٥، "**كفارات**" ٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

لأنه ليس بأهل لليمين. لأنّها لتعظيم الله تعالى والكافر لا يكون معظماً وليس بأهل الكفّارة أيضاً. لأنّها عبادة.

٥٥ . ٢ . ١ فصل في تحريم الحلال

قال: **ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه لم يصر محرماً وعليه إن استباحه كفّارة يمين.**

وقال الشافعي لا كفّارة عليه. لأنّه قلب المشروع فلا ينعقد يميناً. ولنا قوله تعالى ﴿ **يا أيها** [٤٠٨/ب] **النبي لم تحرم ما أحل الله لك** ﴾[1] ثمّ قال تعالى ﴿ **قد فرض الله لكم تَحِلّة أيمانكم** ﴾[2] فسماه يميناً. ولأنّ اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة. وقد أمكن إثباتها لغيره بإثبات موجب اليمين فيصار إليه ثمّ إذا فعل شيئاً مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفّارة. وهو المعنى بالاستباحة المذكور. **بط**[3] ولو قال دخول الدار عليّ حرام أو قال[4] هذا الرغيف عليّ حرام أو كلام فلان عليّ حرام أو قال بالفارسية مرابا بوستخن كفتن حرام است فيمين ولزمه الكفّارة إذا فعل شيئاً منها. ولو قال كلام فلان وفلان عليّ حرام فكلم أحدهما يحنث.

قلت وهذه مسألة واقعة. وأكثر الناس عنها غافلون. **م**[5] قال لجماعة كلامكم عليّ حرام بحسب الكلام أحدهم. ولو قال "والله لا أكلمكم" لم يحنث حتّى يكلم الكلّ. ولو قال "هذه الخمر حرام" ثمّ شربها ففي الكفّارة اختلاف المشايخ. والفتوى على أنّه إن أراد به التحريم تجب الكفّارة. وإن أراد به الإخبار فلا. لو قال "هذه الدراهم حرام عليّ" يحنث إذا اشترى بها شيئاً. ولو وهب أو تصدّق بها لا يحنث لتقيده بالشراء بالعرف كقوله "كلّ حلّ عليّ حرام."

قال: **وإن قال "كل حلال عليّ حرام" فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك.**

والقياس أن يحنث كما فرغ. لأنّه تنفس وهو مباح. وهو قول زفر. وجه الاستحسان أن المقصود هو البر. وذلك لا يحصل مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره. وإذا سقط ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف. **هـ**[6] ولو نوى المرأة كان إيلاء. ولا يصرف عن المأكول والمشروب. وهذا كلّه جواب الرواية. وقال مشايخنا ينصرف إلى الطلاق من غير نيّة. وعليه الفتوى. وكذا ينبغي في قوله حلال يروي حرام للعرف.

---

[1] التحريم ١/٦٦
[2] التحريم ٢/٦٦
[3] بط : بحر محيط
[4] ق : - أو قال
[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[6] ه : هداية

واختلف في قوله "هرجه بدست راست كيرم بروي حرام" أنّه هل يشترط النيّة؟ والأظهر أنّه طلاق من غير نيّة للعرف.[1] **بط**[2] قالت لزوجها "أنت عليّ حرام" أو قالت "حرمتك على نفسي" فيمين حتّى لو طاوعته في الجماع أو أكرهها لزمتها الكفّارة. **مت**[3] قال لغيره "الكلام معك حرام" أو قال "هذا الطعام حرام" و لم يقل إن فعلت كذا فليس بيمين إلا أن يقول "كلامك عليّ أو الطعام عليّ محرم." **ظم**[4] إن أراد حرمته عليه فيمين.

مجد الأئمة الترجماني

[4] ظم : ظهير الدين المرغيناني



٥٥. ٣ باب في النذر

قال: **ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه كفّارة يمين.**

لقوله ﷺ « **النذر يمين وكفارته كفّارة اليمين** »[1] قال شيخنا ركن الأئمّة الصباغي في شرحه لنذر المطلق أن يقول لله عليّ نذر.

قال: **وإن سماه فعليه الوفاء به.**

لقوله ﷺ « **من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمّى** »[2]

قال: **وإن علق نذره [٤٠٩/أ] بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر.**

لما مرّ.

قال: **وروي أن أبا حنيفة رجع عن ذلك. وقال إذا قال "إن فعلت كذا فعليّ حجّة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه" أجزأه من ذلك كفّارة يمين. وهو قول محمد.** هـ[3]

ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمّى أيضاً. وهذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه. لأنّ فيه معنى اليمين. وهو المنع. وهو بظاهره نذر. فيتخير بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله "إن شفى الله مريضي أو قدم غائبي" لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل أصحّ.

٥٥. ٣. ١ فصل اليمين في الدخول والخروج والاتيان والسكنى وغير ذلك

قال: **ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة[4] أو الكنيسة لم يحنث.**

---

[1] أحمد بن حنبل "**المسند**" **١٤٨/٤**؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" **٦٨/٣**؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" **٤٤٢/٨**؛ الطبراني "**المعجم الكبير**" **٣١٣/١٧**.

[2] ابن ماجه السنن "**كفارة اليمين**" **١٧**؛ الطبراني "**المعجم الكبير**" **٢٤٤/٩**؛ الزيلعي "**نصب الراية**" **٣٠٥/٣**.

[3] ه : هداية

[4] ق : – البيعة

لأن البيت ما بني[1] للبيتوتة. وهذه البقاع ما بنيت لها.[2] وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظُلة باب الدار لما ذكرنا. وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً. وهو مسقف يحنث. لأنّه يبات فيه عادة. **ه**[3] وإن دخل صفة حنث. لأنّه يبات فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي. وقيل[4] هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة كصفافهم. والصحيح أن الجواب مجرى على إطلاقه. **شح**[5] هذا في صفافهم. أما في عرف ديارنا بما وراء النهر هي جانب من جوانب الدار يجلس فيه فلا يعد من البيوت فلا يحنث.

قلت فعلى هذا بخوارزم إن دخل صفة الصحن يحنث. وإن دخل صفة الرواق لا يحنث وعلى ما اختاره صاحب الهداية يحنث فيهما.

قال: **ومن حلف لا يتكلم فقراء في الصلاة لم يحنث. وإن قرأ في غير الصلاة حنث. وكذا إذا سبّح أو كبّر أو هلّل.**

والقياس أن يحنث فيها في الصلاة لوجود حقيقة الكلام. وجه الاستحسان أن المصلي لا يسمّى متكلّماً. قال ﷺ « **إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس** »[6] وقال الشافعي لا يحتسبها في الحالين. لأنّه يسمّى قارئاً ومسبحا متكلماً عرفاً. وقيل هذا في عُرفهم أما في عرفنا لا يحنث في الوجوه كلها. لأنّه لا يسمّى بها متكلّماً في عُرفنا.[7]

قال: **ومن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فترعه في الحال لم يحنث. وكذلك إذا حلف لا يركب هذه الدابّة وهو راكبها فترل في الحال لم يحنث.**

وقال زفر يحنث. وهو القياس لوجود الشرط وإن قلّ. وجه الاستحسان أن اليمين تُعقد للبر فيستثنى منها زمان إمكان تحقّق البر.

---

[1] ق : يثبت
[2] ف : – لها
[3] ه : هداية
[4] ف : وقال
[5] شح : شمس الأئمة الحلواني
[6] النسائي السنن الكبرى **"سهو"٢٠**؛ البيهقي **"السنن الكبرى"**
[7] [illegible] الوقت. الهداية ٢/٨٤.

قال: **فإن لبث على حاله ساعة[1] حنث.**

لأنّ هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها. ألا ترى؟ أنّه يضرب لها مدّة يقال ركبت يوماً ولبست يوماً بخلاف الدخول. لأنّه لا يقال دخلت يوماً. وإن نوى الابتداء الخالص صدق. لأنّه يحتمله كلامه. **بط**[2] والأصل أن كلّ فعل له دام يعطى لدوامه حكم الابتداء كالسكني والركوب [٤٠٩/ب] واللبس وما لا دوام له كالدخول والخروج فلا. والفارق بينهما صحّة قران المدّة به كاليوم والشهر. وإنّما يعطى للدوام حكم لابتداء فيما يمتد إذا كانت اليمين حال الدوام. أما إذا كان قبله فلا حتّى لو قال كلما ركبت هذه الدابّة فلله عليّ أن أتصدق بدرهم ثم ركبها ودوام عليه فعليه درهم واحد. ولو قال ذلك حال الركوب لزمه في كلّ ساعة يمكنه النزول درهم.

قلت وفي عرفنا لا يحنث إلا بابتداء الفعل في الفصول كلّها. وإن لم ينور فيه عن أبي يوسف ما يدلّ عليه. وإليه أشار أستاذنا.

قال: **وإن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتّى يخرج ثمّ يدخل.**

لما مرّ.

قال: **ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خراباً لم يحنث. ومن حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما الهدمت وصارت صحراء حنث.**

لأنّ الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم. يقال دار عامرة ودار غاصرة وشهدت أشعار العرب بذلك أيضاً. والبناء وصف لها. لكن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر. فإذا حلف لا يدخل داراً صار كأنه قال داراً مبنية. ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثمّ بنيت داراً أخرى فدخلها يحنث لما قلنا. وإن جعلها مسجداً أو حماماً أو بستاناً فدخلها لم يحنث لزوال اسمها بطريان اسم آخر عليه. وكذا إذا دخلها بعد الهدام الحمام والمسجد.

قال: **ولو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما الهدم لا يحنث.**

لزوال اسم البيت. فإنّه لا يبات فيه حتّى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث. لأنّه يبات فيه والسقف وصف فيه. وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لم يحنث لزوال الاسم بالانهدام. **شط**[3] حلف لا يخرج

---

[1] ق : + واحدة

[2] بط : بحر محيط

[3] شط : شرح الطحاوي

فحمل مكرهاً وأخرج لم يحنث. لأنّه لم يخرج وهل ينحلّ اليمين؟ ففي الحاوي قال أحمد بن سهل[1] لا ينحلّ. وقال حفص ينحلّ. وعن النسفي أنّه أرفق بالناس. وفي شرح القاضي عن السيد أبي شجاع قال شيخنا ينحلّ. وقال غيره من المشايخ لا ينحلّ وهو الصحيح. وكذا في عين الدخول لوهبت به الريح وأدخله لم يحنث وفي الانحلال كلام. وفيمن زلق فوقع فيها أو كان راكباً[2] فانقلبت به[3] فلم يستطع إمساكها فأدخلته اختلاف.

٥٥. ٣. ٢ فصل اليمين في الكلام

قال: **ومن حلف لا يكلم زوجة فلان فطلقها ثمّ كلمها حنث. وإن حلف لا يكلم عبد فلان أو لا يدخل دار فلان فباع فلان عبده أو داره فكلم العبد أو دخل الدار لم يحنث.**

وهذا لأنّ الزوجة تعادي بعينها فكانت مقصودة بالهجران بخلاف العبد والدار فكان المقصود فيهما هجران مالكهما ذلك. وهذه المسألة على وجهين. إما أن عين المحلوف عليه بالإشارة بأن قال زوجة فلان هذه أو صديق فلان هذا أو عبد فلان هذا أو دار فلان هذه أو لم يعينه. [٤١٠/أ] فإن لم يعينه بالإشارة ففي إضافة الملك لا يحنث بالاتّفاق كالعبد والدار. وفي إضافة النسبة كالزوجة والصديق كذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف. لأنّه عقد يمينه على فعل واقع في محلّ مضاف إلى فلان ولم يوجد. وقال محمد يحنث. لأنّ هذه الإضافة للتعريف فكان الزوجة والصديق مقصودين بالهجران. وإن عينه لم يحنث في الدار والعبد. وحنث في الزوجة والصديق. وقال محمد وزفر يحنث في الدار والعبد أيضاً. وقال في ه[4] إذا نوى عبداً بعينه أو نوى امرأة بعينها أو صديقاً بعينه فعلم بهذا أن النيّة يقوم مقام الإشارة.

قلت فبهذا عرف أن المذكور في الكتاب محمول على ما إذا عين الزوجة بالإشارة أو بالنيّة حتّى فرق بينهما وبين العبد في الحكم. وجه قول محمد في العبد والدار بعينهما أن الإشارة أبلغ في التعريف من الإضافة. لأنّها أقطع للشركة فلغت الإضافة فصار كمن حلف لا يكلم هذا العبد أو لا يدخل هذه الدار ووجههما ما مرّ.

قال: **وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثمّ كلمه حنث.**

---

[1] ... السمرقندي ... القرشي الجواهر المضية ١/٦٩.

[2] ق : + دابة

[3] ق : – به

[4] ه : هداية

لأن هذه الإضافة لا يحتمل إلا التعريف. لأنّ الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان.

قال: **وكذلك إن حلف لا يكلم هذا الشابّ فكلمه بعد ما صار شيخاً حنث.**

لأن الحكم تعلّق بالمشار إليه. والصفة في الحاضر لغو على ما مرّ.[1] إذا كانت الصفة داعية إلى اليمين كمن حلف لا يكلم هذا المجنون فبرأ أو هذا الكافر فأسلم. وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين. **شط**[2] حلف لا يكلم رجلاً فكلم صبياً يحنث. **بط**[3] وكذلك المرأة.[4] وقيل لا يحنث فيهما.

٥٥. ٣. ٣ فصل اليمين في الأكل والشرب

قال: **أو لا يأكل لحم هذا الحمل فصار كبشاً فأكله.**[5]

لما مرّ.

قال: **وإن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها.**

لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه. لأنّه سبب له فيصلح مجازاً عنه. لكن بشرط أن لا يتغير بصفة جديدة حتّى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ.

قال: **وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث.**

وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمراً أو شيرازًا. لأن صفة البسورة والرطوبة واللبنية داعية إلى اليمين فتقيدت به بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ.

قال: **وإن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث.**

لما مرّ.

قال: **وإن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو لا يأكل رطباً ولا بسراً فأكل بسراً مذنباً حنث عند أبي حنيفة.**

---

[1] ق : + إلا
[2] شط : شرح الطحاوي
[3] بط : بحر محيط
[4] ف، ق : في المرأة
[5] ف، ق : + حيث

وقالا لا يحنث في الرطب بالمبسر المذنب وفي البسر بالرطب المذنب.لأن الرطب المذنب يسمّى رطباً والبسر المذنب يسمّى بُسراً. ولو حلف على البسر [٤١٠/ب] لا يحنث بالرطب. وكذا على عكسه. وصار كاليمين على الشراء. وله أن الرطب المذنب ما في ذنبه بسر قليل. وعلى عكسه فيكون آكله آكل الرطب والمبسر. وكل واحد منهما مقصود في الأكل بخلاف الشراء. لأنّه يضاف إلى الجملة فيكون القليل فيه تابعاً للكثير. ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كباسة ليس فيها رطب لا يحنث وفي اليمين بالأكل يحنث لما مرّ. وكذا الجواب في الحنطة والشعير شراء وأكلاً.

قال: **ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل السمك لم يحنث.**

والقياس أن يحنث. لأنّه سمّاه لحماً في القرآن. وجه الاستحسان أن السمك لا يسمّى لحماً في العادة. ولهذا يقال ما أكلت لحماً منذ سنة وإن كان يأكل السمك. ولأنّه ليس بلحم حقيقة. لأنّ منشأ اللحم من الدم فصار كمن حلف لا يركب دابّة فركب كافراً لا يحنث وإن سماه دابّة في القرآن. وإن أكل لحم ختزير أو إنسان يحنث. لأنّه لحم حقيقة. وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً لأنّ نموه من الدم. هـ[1] قيل وفي عرفنا لا يحنث.

قلت وفي عرفنا كذلك. واللحم والشحم والإلية أجناس مختلفة. واللحم السمين عل الظهر ليس بشحم في عرفنا البتة.

قال: **ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث عند أبي حنيفة حتّى يكرع منها كرعاً. وقالا إذا شرب بإناء حنث.**

لأنه المفهوم المتعارف. وبه الشافعي. وله إن كلمه من الابتداء الغاية أو للتبعيض. وذلك في الكرع وهي مستعملة فيعتبر. ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً.

قال: **وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث لبقاء النسبة بعد الاغتراف**

كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة.

قلت ولجنس هذه المسائل أصل حسن. وهو أنّه متى عقد يمينه على ليس له حقيقة مستعملة. وله مجاز متعارف يحمل على المجاز إجماعاً كما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة أو هذه الشجرة يحمل على ثمرها. وإن كان له حقيقة متعارفة يحمل على الحقيقة إجماعاً كمن حلف لا يأكل لحماً. وإن كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف. فعند أبي حنيفة يحمل على الحقيقة. لأنّ الأصل في الكلام هو الحقيقة. وعندهما

---

[1] ه : هداية

يحمل عليهما. ولكن لا بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز. ولكن المجاز يعم إفرادهما هو الأصح. ويبنى عليه مسائل كثيرة. منها ما مرت. ومنها مسألة أكل الحنطة والدقيق.

قال: **ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة فأكل من خبزها لم يحنث.**

حتّى يقضمها عند أبي حنيفة. وقالا يحنث بكل الخبز أيضاً.[1] لما مرّ أن لها مجازاً متعارفاً أو حقيقة مستعملة. وهي أكلها بالقلي والطبخ فعنده يحمل على الحقيقة. وعندهما عليهما. **شب**[2] لا يحنث بالقضم عندهما.

قال: **ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث ولو استفّه كما هو لم يحنث.**

[٤١١/أ] وهو الصحيح لأنّ عينه لا يؤكل فتعين المجاز مراداً.

قال: **ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنّه نائم حنث.**

لأنه كلمه ووصل إلى سمعه. لكنّه لم يفهم لنومه والفهم ليس بشرط كما إذا ناداه من بعيد. وهو بحيث يسمع. لكنّه لم يفهم لتغافله. **هـ**[3] وفي روايات المبسوط شرط أن يوقظه. وعليه مشايخنا. لأنّه إذا لم ينتبه فصار كما إذا ناداه من بعيد و لم يسمع صوته.

قال: **وإن حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتّى كلمه حنث.**

لأن الإذن مشتقّ من الأذان الّذي هو الإعلام أو من الوقوع في الإذن. وكلاهما لا يتحقّق إلا بالسماع و لم يوجد. وقال أبو يوسف لا يحنث. لأنّ الإذن هو الإطلاق. وإنّه يتم بفعله كالرضا. ولهما أن الرضا من أفعال القلب ولا كذلك الإذن.

قال: **وإذا استحلف الوالي رجلاً ليُعلمه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة.**

---

[1] [illegible]

[2] ... بكر خواهر زاده

[3] ... : هداية

لأن غرض الوالي إعلامه به ما دام والياً فتقيدت اليمين به. شق[1] ولو عُزل ثمّ ولي لا تعود اليمين. وعلى هذا لو حلف على زوجته أو عبده لا يخرج إلا بإذنه فطلقها أو باعه زال اليمين ثمّ إذا تزوّجها أو اشتراه لم تعده.

قال: **ومن حلف لا يركب دابّة فلان فركب دابّة عبده لم يحنث**

عند أبي حنيفة مأذوناً كان أو غير مأذون مديوناً أو غير مديون. وإن نوى العبد يحنث إلا في المديون المستغرق فإنّه لا يحنث وإن نواه. لأن المولى لا يملك إكسابه. وقال أبو يوسف إن نواه يحنث. وإن لم ينو لا يحنث. وقال محمد يحنث نواه أو لم ينوه اعتباراً لحقيقة الملك والملك للمولى عنده في الوجوه كلّها. ولأبي يوسف أنّه اختلّت الإضافة إلى المولى لما أضيف إلى عبده عرفاً. فإن نواه يحنث. وإلاّ فلا. ولأبي حنيفة أنّها مضافة إلى العبد عرفاً وشرعاً. قال ﷺ « **من باع عبداً وله مالٌ فمالُه لبائعه إلا أن يشترطَها المبتاعُ** »[2] فأضاف المال إلى العبد. والإضافة إليه يمنع الإضافة إلى المولى أو يحتل فلا بدّ من النيّة. شط[3] ولو ركب دابّة مكاتبه لم يحنث بالاتّفاق. ولو قال "إن دخلت دار زيد فعبدي حر. وإن دخلت دار عمر فامرأتي طالق" فدخل دار زيد هي في يد عمر وبإجارة يعتق وتطلق إذا لم يكن له نيّة. فإن نوى الإضافة بحكم الملك أو بحكم السكنى فهو على ما نوى. وفي الإيضاح حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً له يسكنها غيره ففي الحنث عن محمد روايتان. وقيل إذا كان لفلان دار غيرها يسكنها لم يحنث. وإلا فيحنث. ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار امرأته. لكنهما يسكنان فيها يحنث إذا لم يكن لفلان دار ينسب إليه. لأنّ السكنى للرجل والمرأة تابعة له.

قال: **ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها أو دخل دهليزها حنث.**

[٤١١/ب] لأنّ السطح من الدار. ولهذا لا يفسد الاعتكاف بالصعود في سطح المسجد.

قلت وفي عرفنا لا يحنث. لأنّه لا يعد داخلاً البتة. ه[4] وقيل في عرفنا لا يحنث. وأما الدهليز فهو على التفصيل الّذي مرّ.

قال: **وإن وقف في طاق باب الدار بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً لم يحنث.**

لأن مثله لا يعد داخلاً.

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] أبو داود السنن "**إجارة**" ٤٢؛ الترمذي السنن "**بيوع**" ٢٥؛ النسائي السنن الكبرى "**بيوع**" ٧٦؛ مالك الموطا "**بيوع**" ٢.

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] ه : هداية

قال: **ومن حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر.**

لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق. وإن نوى كلّ ما يشوي من بيض أو غيره يصدق لمكان الحقيقة.

قال: **ومن حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم.**

وهذا استحسان للعرف وهذا لأنه لما تعذر التعمم وجب صرفه إلى المتعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء غلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديدا. وغن أكل مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم أو لأنه يسمى طبخا.

قلت وهذا في عرفهم. أما في عرفنا يحنث بكل مطبوخ.

قال: **ومن حلف لا يأكل الرأس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر.**

ويقال يكنس. **جص**[1] حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم. وقالا على رؤوس الغنم خاصّة. وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في رؤوس الغنم خاصّة وفي كلّ زمان يفتى على حسب عادتهم كما أشار إليه المصنّف. **شط**[2] ولا يحنث برأس البعير بالاتّفاق إلا رواية عن أبي حنيفة. ولا يقع على رأس الطير إلا أن ينويها. وقيل إن كان في العرب يحنث برأس البعير بالاتّفاق. وفي العجم يحنث خلافهما. وقيل يحنث الخوارزمي برأس السمك ورأس المعز كرأس الغنم.

قال: **ومن حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكل خبزاً.**

نحو خبز الحنطة والشعير.

قال: **وإن أكل خبز القطائف أو خبز الأرز بالعراق لم يحنث.**

لعدم العرف. وقيل بطبرستان.[3] لأنّه من طعامهم. قلت ويخبز الأرز لا يحنث بخوارزم إلا إذا كان من جنس يعتادون أكله كالإكراه وأكثر التراكمة والكردرية. **شط**[4] حلف لا يأكل هذا الدقيق فأكل من خبزه متّخذة منه فعن نصير أخاف أن يحنث. ولو أكل عجينة فالأصح أنّه لا يحنث. ولو حلف فاكهة لا يحنث بالقثاء والخيار والجزر. لأنّها بقول ويحنث بالتفاح والمشمس والخوخ والتين والأجاص والكمثرى

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[2] شط : شرح الطحاوي

: شرح الطحاوي

والفتسق واللوز والجوز والعناب والسفرجل رطبها ويابسها.[1] لأنّ الكلّ فواكه وبالبطيخ برطبها دون يابسها. فإن يابسه لا يعتاد فاكهة في عامّة البلدان.

قلت وفي عرف أهل خوارزم لا يعد رطب البطيخ من الفواكه البتة. ويعد يابسها مع الزبيب أو العناب أو الكمثرى ونحوها فاكهة فيتأمل فيه عند الفتوى. ولا يحنث بالرطب والعنب والرمان إلا بالنيّة. وقالا يحنث. لأنّها من أعز الفواكه. وله أنّه قد [٤١٢/أ] يقصد بها الغذاء والدواء فلا يدخل تحت مطلق اسم الفاكهة كالمكاتب في المملوك. ولهذا يحنث بيابسها. وقيل هو اختلاف عصر. وفي عرفنا ينبغي أن يحنث عنده أيضاً. وعن محمد التمر والزبيب والغبيراء[2] ليست بفاكهة. ولو حلف لا يأتدم فأكل خبزاً بما يصطبغ به كمرقه أو لبن أو عسل أو زيت أو خل حنث والبيض والسمك واللحم والجبن ليس بإدام. وقال محمد وهو رواية عن أبي يوسف إدام. لأنّها توافق الخبز أكلاً.

قال: **ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل به من فعل ذلك لم يحنث.**

لأن العقد وجد من العاقد حتّى كانت الحقوق عليه. ولهذا يحنث الوكيل العاقد إذا كان هو الحالف. وإذا وجد العقد من المأمور حقيقة وحكماً. فلم يوجد من الآمر فلا يحنث. لأنّ الثابت له حكم العقد لا العقد. ولو نوى ذلك يحنث. لأنّ فيه تشديداً على نفسه. ولو كان العاقد ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه يحنث بعقد وكيله. لأنّه يمنع نفسه عما يعتاده.

قال: **ومن حلف لا يتزوّج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث.**

لأن الوكيل في هذا سفير ومعبر. ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الآمر. وحقوقه يرجع إلى الآمر. ولو قال عينت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصّة. وقال الشافعي لا يحنث بالتوكيل فيها كالتوكيل بالبيع. والفرق الحقيقي بين تلك الفصول وبين النكاح والطلاق والعتاق أن النكاح والطلاق تكلم بكلام لزم منه الحلّ والطلاق والعتق والأمر بذلك مثل التكلّم به واللفظ ينتظمها. ولهذا لا يثبت هذه المعاني بالتعاطي والأفعال. وإنّما يثبت بالأقوال بخلاف البيع والشراء والإجارة. فإنّها تثبت بالتعاطي والأقوال والفعل فلا ينتظمهما اللفظ. ولأنّ رجوع الحقوق إلى الشخص أنه مالكته حقيقة أو حكماً. وإنّه ممكن في

وأشباههما.

الجوهري الصحاح ٤٨٨/١.

المبيع والمستأجر إن ثبت الملك فيه للعاقد ثمّ ينتقل إلى غيره ومتعذر[1] في النكاح لاستحالة الانتقال فيه إلى غيره شرعاً. والطلاق والعتاق لأنّه إسقاط محض. **بط**[2] لو حلف لا يبيع فباع بيعاً فاسداً يحنث. ولو حلف لا يشتري اليوم فاشترى بخمر أو خنزير يحنث خلاف أبي يوسف فيهما. ولو اشترى بميتة أو دم لا يحنث. لأنّه باطل. وكذا في البيع بهما. ولو اشترى مكاتباً أو مدبّراً أو أمّ ولد لا يحنث. ولو اشترى بها ففيه اختلاف المشايخ. ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه. لأنّه يملك ضرب عبده وذبح شاته فيملك بوليته غيره ومنفعته راجعة إلى الآمر فيجعل مباشراً. لأنّه لا حقوق له ترجع إلى المأمور. ولو نوى أن [٤١٢/ب] لا يفعل بنفسه يدين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره. ولو حلف لا يضرب ولده فأمر غيره فضربه لم يحنث. لأنّ منفعته ترجع إلى الولد. **شط**[3] عقيب مسألة الحلف بالتزوّج. وكذا الطلاق والعتاق والهبة والصدقة والإبراء والشركة والإقراض والاستقراض والاقتضاء والإبداع والإعارة والاستعارة والصلح عن دم العمد ثمّ قال بعد الحلف بضرب عبده. وكذا القتل والذبح والضرب والهدم والخياطة والبناء والقطع والقضاء والإنفاق. لأنّها أفعال حسية. و لم يوجد من الآمر فصدق إذا نوى أن لا يفعله بنفسه بخلاف المعاوضات والكتابة في النظم ملحقة بالبيع. وفي الإيضاح بالنكاح حلف لا يهب فوهب و لم يقبل يحنث خلاف زفر كالبيع. ولنا أن البيع معاوضة من الجانبين. فإنما يتم بهما. وعلى هذا الخلاف الصدقة والهبة والعارية والإقرار وعنهما قبول المستقرض شرط. لأنّه كالمعاوضة.

قال: **ومن حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث.**

لأنه لا يسمّى جالساً على الأرض عرفاً بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه. لأنّ لباسه تبع له.

قال: **ومن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث.**

لأن الجلوس على السرير في العادة كذلك. ولأنّ البساط تبع له.

قال: **وإن جعل فوقه سريراً آخر فجلس عليه لم يحنث.**

لأن الثاني مثل الأوّل فقطع النسبة عنه. قال شيخنا ركن الأئمّة الصباعي في شرحه هذا إذا قال على هذا السرير. أما إذا قال على سرير يحنث إذا جلس على سرير فوق سرير.

قال: **ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث.**

---

[1] ق : فتعذر

[2] بط : بحر محيط

[3] شط : شرح الطحاوي

لأنه تبع له فيعد نائماً عليه.

قال: **وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لم يحنث.**

لما مرّ من التعليل والتفصيل في السرير.[1]

قال: **ومن حلف بيمين وقال "إن شاء الله" متصلاً بيمينه فلا حنث عليه.**

لقوله ﷺ « **من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد بر في يمينه** »[2] إلا أنّه لا بدّ من الاتّصال بها. لأنّه بعد الفراغ رجوع. ولا رجوع في اليمين. ك[3] لا يصحّ الاستثناء مفصولاً خلافاً لابن عبّاس رضي الله عنهما. وفي الكشّاف عن ابن عبّاس رضي الله عنهما يصحّ ولو بعد سنة. وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه ولو بعد يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة. وعن طاوس والحسن ما دام في مجلسه. وعن عطاء على حلب ناقة غزيرة.[4] والاستثناء صحيح إذا تكلم به سمع أو لا. لأنّ العبرة للقول. ولهذا يصحّ في حقّ الأصم والتنفس لا يقطع الوصل لتعذّر الاحتراز عنه بخلاف السكوت ومن الناس من قال يرفع الطلاق ولا يرفع العتاق. وعند مالك لا يرفع شيئاً. لأنّه لا يوقف [٤١٣/أ] عليه. وعندنا يرفع الكلّ لقوله ﷺ « **من حلف واستثنى فله ثُنَيَاه** »[5] وقال ﷺ « **من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله فلا حِنث عليه** »[6] ثمّ قوله "إن شاء الله" شرط عند أبي يوسف. وعند محمد جميع الكلام[7] حتّى لو دخل[8] على جُملتين بأن قال "أنت طالق إن دخلت الدار وعبده حر إن كلمت زيداً إن شاء الله." فعند أبي يوسف يرجع إلى الجملة الثانية كالشرط. وعند محمد إليهما عند أبي يوسف لو قال "أنت طالق ما شاء الله أو إلا إن شاء الله" فهو استثناء. ولو علق بمشيئة الله ومشيئة زيد لا يقع كما لو قال "إن شاء جبريل" لأنّه علقه بأمر لا يعلم. ولو قال "أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً" أو قال "وواحدةً إن شاء الله" طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة للفصل خلافهما. ولو قال "أنت طالق رجعياً إن

---

[1] ف : مرّ من التعليل والتفصيل في السرير

[2] أبو داود السنن "**أيمان**" ١١؛ الترمذي السنن "**نذور**" ٧؛ النسائي السنن الكبرى "**أيمان**"؛ ابن ماجه السنن "**كفارات**" ٦.

[3] ك : الكفاية للبيهقي

غزيرة وروي عن مجاهد أنه يجوز إلى سنتين واعلم أن الاستثناء بعد الفصل اليسير وعند التذكر قد دلت عليه الأدلة الصحيحة منها حديث لأغزون قريشًا المتقدم. إرشاد الفحول ٣٦٦/١.

[5] أبو داود السنن "**أيمان والنذر**" ١١؛ النسائي السنن الكبرى "**أيمان والنذر**" ١٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٦/٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٥١٦/٨-٥١٧؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٢٩/٣.

[6] أبو داود السنن "**أيمان**" ١١؛ الترمذي السنن "**نذور**" ٧؛ النسائي السنن الكبرى "**أيمان**"؛ ابن ماجه السنن "**كفارات**" ٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٣٢/٣.

[7] ق : الأحكام

[8] ف : - دخل

شاء الله" تقع. ولو قال "بائناً" لا يقع. لأنّ الأوّل لغو دون الثاني فف[1] كتب إلى امرأته "إن بلغك كتابي هذا فإن فعلت كذا فأنت طالق" ثمّ قال بلسانه إن شاء صحّ الاستثناء موصولاً لا مفصولاً.

قال: **ولو حلف ليأتينّه غداً إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة.** جص[2]

إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء لأمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث. هـ[3] وإن عنى استطاعة القضاء[4] ديّن فيما بينه وبين الله تعالى. لأنّ حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل. ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه. وصح نيّة الأوّل ديانة. لأنّه حقيقة كلامه ثمّ قيل يصحّ قضاء لما بيّنّا. وقيل لا يصحّ لأنّه خلاف الظاهر.

قلت وفي قوله حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل نظر قوي. لأنّه بناه على مذهب الأشعرية والسنية أن القدرة تقارن الفعل. وإنّه باطل إذا لو كان كذلك لما كان فرعون وهامان وسائر الكفرة الذين ماتوا على الكفر قادرين على الإيمان فكان تكليفهم بالإيمان تكليفاً بما لا يطاق. وكان إرسال الرسل والأنبياء وإنزال الكتب والأوامر والنواهي والوعد والوعيد ضائقة في حقّهم وقوله في جص[5] إذا نوى استطاعة القضاء يصدق ديانة لا قضاء. يدلّ على أنّه ليس ذلك بحقيقة كلامه. إذ لو كان لكان مصدقاً قضاءً وديانة. شق[6] شط[7] يصدق قضاء ثمّ قال الشيخ أبو بكر هذا لا يعرف من مذهبهم فوجب أن لا يصدق قضاء. ولكن يصدق ديانة. لأنّه مما يحتمله كلامه.[8]

قال: **ومن حلف لا يكلمه حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستّة أشهر.**

لأن الحين قد يذكر ويراد به الزمان القليل. قال تعالى ﴿ **فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون** ﴾[9] وقد يراد به أربعون سنة. قال تعالى [٤١٣/ب] ﴿ **هل أتى على الإنسان حين من الدهر** ﴾[10] أي أربعون سنة. وقد يراد به ستّة أشهر. قال تعالى ﴿ **تؤتي أُكلها كلّ حين** ﴾[11] قال ابن عبّاس رضي الله عنهما

---

[1] فف : فتاوى فضلي
[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[3] ه : هداية
[4] ف : الصحة
[5] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[6] شق : شرح الأقطع شرح القدوري
[7] شط : شرح الطحاوي
[8] ف : – هذا لا يعرف من مذهبهم فوجب أن لا يصدق قضاء. ولكن يصدق ديانة. لأنّه مما يحتمله كلامه
[9] الروم ١٧/٣٠
[10] الإنسان ١/٧٦
[11] إبراهيم ٢٥/١٤

وسعيد بن المُسيب أي ستّة أشهر. وهذا هو الوسط فيصرف اليمين إليه. وهذا لأنّ اليسير لا يقصد بالمنع للامتناع فيه عادة والمدبّر لا يقصد غالباً. لأنّه بمنزلة لا بدّ فلو أراده لقال أبداً فتعين الوسط. وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين.

قال: **وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد.**

وقال أبو حنيفة لا أدري ما الدهر. وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح. أما المعرّف بالألف واللام يراد به الأبد عرفاً لهما أن الدهر يستعمل استعمال الحين والزمان.[1] يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان ومنذ دهر بمعنى واحد وأبو حنيفة توقف في تقديره فكان من فقاهته. لأنّ اللغات لا تدرك بالقياس وقد اختلف استعمال العرب فيه.

قال: **ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام.**

لأنه اسم جمع منكر فيتناول الأقلّ. وهو الثلاثة.

قال: **وإن حلف لا يكلمه الأيّام فهو على عشرة أيّام عند أبي حنيفة وقالا على أيّام الأسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة وعندهما على اثني عشر شهرا.**

لأن اللام للمعهود. وهو ما ذكرنا. لأنّه يدور عليها الأيّام والشهور. ولأبي حنيفة أنّه جمع معرف فيصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع. وذلك عشرة. وكذلك الجواب عنده في الجمع والسنين. وعندهما ينصرف إلى العمر. لأنّه لا معهود دونه. هـ[2] ولو قال "إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حرّ" فهو على عشرة أيّام عند أبي حنيفة. وقالا على أيّام الأسبوع.

قال: **وإذا حلف لا يفعل كذا يتركه أبداً.**

لأنه نفى الفعل مُطلقاً. فيعم الامتناع ضرورة عموم النفي.

قال: **وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرّة برّ في يمينه.**

---

[1] الاستعمال. الهداية ٨٦/٢.

[2] هـ : هداية

لأن الملتزم فعل واحد غير معين إذ المقام مقام[1] الإثبات فيبرّ بأي فعل فعله. وإنّما يحنث لوقوع اليأس عنه. وذلك بموته أو بفوت محلّ الفعل. وقيل في تعليله بأن الفعل يتضمّن مصدراً نكرة لقوله "والله لأضربنه ضرباً أو لا نضرب ضرباً" والنكرة في موضع الإثبات تخص وفي موضع النفي تعم.

قال: **ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها [٤١٤/أ] مرّة فخرجت ثمّ خرجت مرّة أخرى بغير إذنه حنث. ولا بدّ من الإذن في كلّ خروج.**

لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن فدخل ما وراءه في الحظر العام. ه[2] ولو نوى الإذن مرّة صدق ديانة لا قضاءً لأنّه محتمل كلامه. لكنّه خلاف الظاهر ودين قضاء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد. وروى عن أبي يوسف أنّه لا يدين قضاء وعليه الفتوى.

قال: **ولو قال "إلا أن أذن لك" فأذن لها مرّة فخرجت ثمّ خرجت مرّة أخرى بغير إذنه لم يحنث.**

لأنه جعل الإذن غاية فينتهي اليمين به كقوله تعالى ﴿ **ولستم بآخذيه إلا أن تغمضوا فيه** ﴾[3] أي حتّى تغمضوا فيه. ه[4] جص[5] ولو أرادت المرأة الخروج فقال "إن خرجت فأنت طالق" فجلست ثمّ خرجت لم يحنث. وكذلك إن أراد ضرب عبده فقال له آخر "إن ضربته فعبدي حرّ" فتركه ثمّ ضربه بعده وسمي هذا يمين الفور ويفرد أبو حنيفة بإظهاره. لأنّه يراد بها المنع عن تلك الخرجة والضربة عُرفاً ومبنى الأيمان على العرف. ولو قال "اجلس فتغد معي" فقال "إن تغديت فعبدي حرّ" فتغدى في بيته لا يحنث لتقيده بالتغدي معه. ولو قال "إن تغديت اليوم" يحنث. لأنّه زاد على حرف الجواب. ولو حلف لا يخرج من المسجد فأمر غيره فحمله فأخرجه حنث. ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث فلو حمله برضاه لا يحنث في الصحيح. ولو حلف لا يخرج إلى مكّة فخرج يريدها ثمّ رجع حنث. ولو حلف لا يأتيها لا يحنث حتّى يدخلها. ولو حلف لا يذهب هو كالإتيان. والصحيح أنّه كالخروج. شط[6] وقيل ينوي.

قال: **وإذا حلف لا يتغدّى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر. والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل. والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر.**

---

[1] ف : - مقام
[2] ه : هداية
[3] البقرة ٢٦٧/٢
[4] ه : هداية
[5] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[6] شط : شرح الطحاوي

اعتباراً بالعرف ثمّ الغذاء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة أهل كلّ بلد في حقّهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع.

قال: **ومن حلف ليقضينّ دينه إلى قريب فهو ما دون الشهر. وإن قال "إلى بعيد" فهو أكثر من شهر.**

لأن مادونه يعد قريباً. والشهر وما زاد[1] عليه يُعد بعيداً. ولهذا يقال في المعاتبة ببعد العهد ما لقيتني منذ شهر.

قال: **ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج منها بنفسه وترك فيها أهله ومتاعه حنث.**

لأنه يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عُرفاً. فإن السوقي يكون عامّة نهاره في السوق. ويقول اسكن في سكة كذا أو بيت كذا والمحلّة بمنزلة الدار فلو كان اليمين على المصر لا يتوقّف البرّ على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف. لأنّه لا يعد ساكناً في الّذي انتقل عنه عرفاً بخلاف الدار. والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب. ثمّ عند أبي حنيفة لا بدّ من نقل كلّ المتاع حتّى لو بقى فيها وتد حنث.[2] لأنّ السكنى قد ثبت بالكل. فيبقى ما بقى منه شيء. وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر لتعذّر نقل الكلّ. وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته.[3] لأنّ ما وراء ذلك ليس من السكنى. وعليه الفتوى. لأنّه أحسن وأرفق بالناس. شط[4] في الدار ولا خلاف أنّه يشترط [٤١٤/ب] نقل كلّ أهله. ولو انتقل بأهله ومتاعه ثمّ عاد وسكنها يحنث. لأنّ كلّ فعل له امتداد إذا لم يوقت يقع على العمر. وينبغي أن يأخذ في النقلة بلا تأخير وما دام مشغولاً بالنقلة. فإن طال الزمان أو كان في طلب مسكن آخر و لم يترك الطلب أو لم يمكنه النقل لعذر الليل أو لقهر قاهر أو أمكنه النقل في يوم واحدٍ باستئجار الدوابّ لنقل متاعه فلم يفعل وجعل ينقلها بنفسه أو بغيره في أيّام كثيرة أو سنة أو ينقل كلّ يوم شيئاً كما ينقل الناس أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يمكنه النقل. ولا يجد من ينقل لم يحنث حتّى يجد من ينقل ويلحق الموجود بالعدم للعذر. ولو كان شرط بره وجود الفعل فلم يفعله لعذر يحنث. ولا يقدر المعدوم موجوداً. ولو نقل إلى

[illegible]

بارا. الفتاوى الهندية

[illegible]

ذلك. الهداية ٧٨/٢.

[4] شط : شرح الطحاوي

السكة أو المسجد و لم يطلب مسكناً. قيل لا يبر. لأنّ سكناه لا ينتقض إلا بسكنى آخر. وقيل يبر. لأنّ محمداً اعتبر النقل و لم يعين عليه مترلاً. وكذا لو كانت الدار عنده بإجارة أو عارية فنقل ورد المفتاح أو فارق أهله وأخرج المتاع من ملكه وخرج بنفسه على أن لا يعود بر. وإن لم يتعيّن له مسكن آخر. وهذا كلّه إذا كان الحالف كدخدايا. فأما إذا كان في عيال غيره أو كان ابناً كبيراً يسكن مع أبيه أو كانت امرأة فخرجت وتركت قماشها فيها لم يحنث. لأنّ السكنى لا ينسب إلى هؤلاء. وهذا إذا كانت اليمين بالعربية. وإن كانت بالفارسية لا يحنث إذا خرج على قصد أن لا يعود إليها. لأنّه لا يعد بهذا ساكناً عند العجم ثمّ قيل الخروج من الدار أن يخرج ببدنه وأهله ومتاعه ومن البلدة والقرية أن يخرج ببدنه.

قال: **ومن حلف ليصعدنّ السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها.**

وقال زفر لا ينعقد لا مستحيل عادة فشابه المستحيل حقيقة. ولنا أن البرّ متصوّر حقيقة. لأنّ الملائكة تصعد السماء. والله تعالى قادر على أن يحول الحجر ذهباً. وقد عوين نشأ الذهب من الحجر مراراً. وإذا كان البرّ متصوّراً ينعقد اليمين موجبه لخلفه ثمّ يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما إذا مات الحالف. فإنّه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكون. لأنّ شرب الماء الّذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصوّر فلم ينعقد. ه[1] جص[2] ولو قال إن لم أشرب الماء الّذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق. وليس في الكوز ماءً وكان فأهريق[3] قبل الليل لم يحنث عندهما. وقال أبو يوسف يحنث فيهما إذا مضى اليوم. وعلى هذا الخلاف اليمين بالله تعالى. وإذا كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الأوّل لا يحنث عندهما خلاف أبي يوسف وفي الثاني يحنث في قولهم. لأنّها انعقدت موجبة للبر المتصوّر في الحال [٤١٥/أ] وقد فات بالإراقة بخلاف المؤقت. لأنّ البرّ يجب في آخر اليوم. وهو غير متصوّر. وأصل ذلك أن من شرط انعقاد اليمين وبقائها التصوّر عندهما خلافاً لأبي يوسف. لأنّ اليمين يعقد للبر. فلا بدّ من تصوّره ليمكن إيجابه. وله أنّه يمكن انعقاده موجباً للبر على وجه يظهر في حقّ الخلف. وهو الكفّارة.

قلنا لا بدّ من تصوّر الأصل لينعقد في حقّ الخلف. ولهذا لا ينعقد الغموس موجبة للكفّارة. ولو حلف ليقتلنّ فلاناً وهو عالم بموته ينعقد ويحنث لتصوّر البرّ بحدوث الحياة فيه. وإن لم يعلم بموته لم يحنث عندهما. لأنّه قصد إزهاق روح ليس فيه.[4] وعلى هذا الخلاف ليقضين فلاناً حقه وهو يعلم بموته أو لا يعلم

---

[1] ه : هداية

[2] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] الجوهري الصحاح

[4] خير

أو ليقضينّ حقّه غداً فقضاه اليوم أو وهبه أو أبرأه منه ثمّ جاء الغد أو ليأكلن هذا الطعام فأكله غيره حلف ليكلمنّ هذا الرجل فلم يكن رجلاً أو قال لأخر إن رأيت فلاناً فلم آتك فرأه في جنب الحالف لم ينعقد.[1]

قال: **ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم فقضاها ثمّ وجد فلان بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف.**

لأن الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس. ولهذا لو تجوز صار مستوفياً حقه فوجد شرط البرّ وقبض المستحقّ صحيح. وإنّما ينفسخ بعده لعدم الإجازة فلا يرتفع برده البرّ المتحقّق. والزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرج ما يرده التجار. والمستحقّ ما ثبت استحقاقه لغيره.

قال: **فإن وجده رصاصاً[2] أو ستوقة حنث.**

لأنهما ليسا من جنس الدراهم حتّى لو تجوز بهما في الصرف والسلم لا يجوز بخلاف الزيوف والنبهرج. وإن باع بها عبداً وقبضه بر في يمينه. لأنّ قضاء الدين بالمقاصة. وقد تحقّقت بمجرّد البيع. ولو وهبها له أي الدين أو أبرأه منها لم يبر. لأنّه إسقاط والقضاء فعل المديون.

قال: **ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتّى يقبض جميعه متفرّقاً.**

لأن الشرط قبض الكلّ بوصف التفرق و لم يوجد.

قال: **فإن قبضه في وزنين لم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق.**

لأنه قد يتعذّر قبض الكلّ دفعة فكان هذا القدر مستثنى من اليمين.

قال: **ومن حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتّى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته.**

لأنها انعقدت للبر. وإنّما يتعذّر في آخر حياته فيحنث حينئذ. وفي المؤقت يحنث في آخر الوقت لتعذره حينئذ. شط[3] قال لآخر "إن ضربتك فعبدي حرّ" أو قال "إن كلمتك أو كسوتك أو دخلت عليك"

الجوهري الصحاح ١/٢٦٧.

٣ شط : شرح الطحاوي

ففعل بعد الموت لم يحنث. ولو حلف لا يغسله أو لا يوضئه [٤١٥/ب] أو لا يحمله أو لا يلبسه أو لا يمسه أو لا يجامعها فعلى الحالين يحنث. وأصله أن كلّ فعل يلذ ويؤلم ويسر وينعم فعلى الحياة وما عداه فعلى الحالين أو يقال ما اشترك فيه الحيّ والميت فعليهما. وما اختصّ به الحيّ فعلى الحياة.[١]

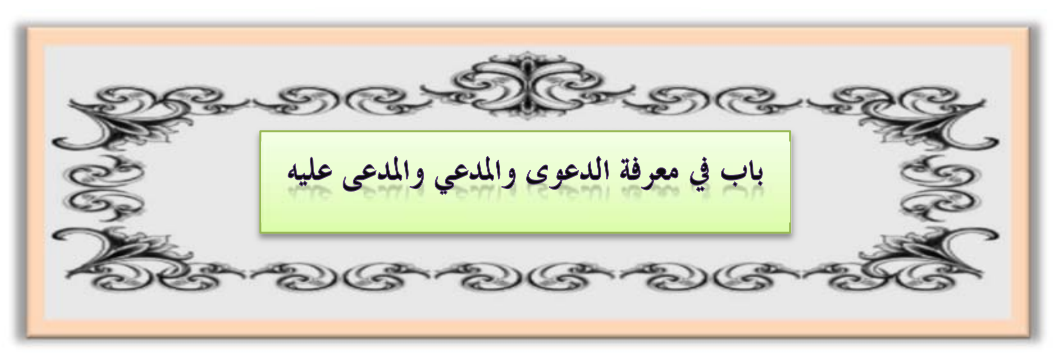
---

[١] ق : + والله أعلم



٥٦ كتاب الدعوى





٥٦.١ باب في معرفة الدعوى والمدعي والمدعى عليه

اعلم بأن الدعوى[١] في اللغة قول يقصد الإنسان به إيجاب حقّ على غيره. والمدّعي اسم لفاعل الدعوى إلا أن إطلاق الاسم في اللغة يتناول من لا[٢] ظاهر معه. وقيل اختصاص الاسم بالخارج عرف شرعاً. وفي اللغة يتناول كلّ مدّع. قال أبو الحسن من التمس بدعواه أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حقّ

[١] اعلم بأن الله تعالى خلق الخلق أطوارا علومهم شتى متباينة ولتباين الهمم تقع الخصومات بينهم فالسبيل في الخصومة قطعها لما في امتدادها من الفساد والله تعالى لا يحب الفساد وطريق فصل الخصومات

عليه. المبسوط ٢٨/١٧.

[٢] ق : - لا

في ذمته. والمدّعى عليه من نفى ذلك عن نفسه. قيل هذا ليس بحد عام. لأنّ صاحب اليد إذا قال في جواب الدعوى ابتعته من الخارج لم يلتمس أخذ شيء من يد[1] غيره ولا أثبت حقاً في ذمته. وقيل من ادّعى أمراً حادثاً. وهذا ليس بعام أيضاً. لأنّ المتنازعين في الشيء إذا ادّعى[2] كلّ واحد منهما ملكاً أو ادّعى ملك الأصل فليس بمدّع مطلقاً لملك حادث. وقيل المدّعي من التمس غير الظاهر. والمدّعى عليه من تمسّك بالظاهر. وقيل المدّعي من إذا ترك الخصومة ترك. والمدّعى عليه من لو تركها لا يترك. وهو الأصحّ. قلت وهو الّذي أشار إليه المصنّف.

قال: **المدّعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدّعى عليه من يجبر.**[3] هـ[4]

الفرق بينهما من أهمّ ما يبنى عليه مسائل الدعوى. وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه. فقيل المدّعي من لا يستحقّ إلا بحجّة كالخارج. والمدّعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجّة. كذا اليد. وقيل المدّعي من يلتمس غير الظاهر. والمدّعى عليه من يتمسّك بالظاهر. وقال محمد المدّعى عليه هو المنكر. لكن الكلام في معرفته. لأنّ الاعتبار للمعاني لا[5] للصور. فإن المودع إذا قال أردت الوديعة فالقول له مع اليمين. وإن كان مدعياً[6] للرد صورة. لأنّه ينكر الضمان. والحد العام الصحيح ما قاله المصنّف.

قال: **ولا تقبل الدعوى حتّى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره.**

لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة[7] الحجّة والإلزام في المجهول لا تتحقّق.

١.١.٥٦ فصل في دعوى الملك المطلق في الأعيان

قال: **فإن كان عيناً في يد المدّعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى.**

وكذا في الشهادة والاستحلاف. لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرطه. وذلك بالإشارة في المنقول. لأنّ النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف ويتعلّق بالدعوى. وجوز الحضور على هذه القضاة من أخرهم في كلّ عصر ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد [٤١٦/أ] حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا.

---

١ ف، ق : – يد
٢ ق : + أحدهما
٣ ف : + على الخصومة
٤ ه : هداية
٥ ف، ق : دون
٦ ف : موجبا
٧ ق : – إقامة

قلت وفي **شج**[1] للجامع الصغير في مسألة الشاهدين إذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل الشهادة خلافهما. ثمّ قال وهذه المسألة تدلّ على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحّة الدعوى. إذ[2] لو شرط لأحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها. ثمّ قال هذه مسألة الناس عنها غافلون. **شق**[3] قال أصحابنا المتأخّرون في المنقولات الّتي يتعذّر نقلها كالأرحية[4] والحجارة.[5] إن شاء الحاكم حضرها.[6] وإن شاء بعث بأمين. لأنّه يتعذّر نقلها. ولا بدّ من الإشارة في الشهادة إلى عينها.

قال: **وإن لم تكن العين حاضرة ذكر قيمتها**

ليصير المدّعى معلوماً. لأن الغائب لا يعرف إلا بالوصف والقيمة. قال أبو الليث بشرط مع بيان القيمة ذكر الأنوثة والذكورة.

قال: **وإن ادّعى عقاراً حدّده وذكر أنّه في يد المدّعى عليه وإنّه يطالب به.**

لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذّر النقل فيصار إلى التحديد. لأنّ العقار يعرف به. ويذكر الحدود الأربعة وأسماء أصحاب الحدود وأنسابهم. ولا بدّ من ذكر الجدّ. لأنّ تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف. **ه**[7] هو الصحيح. فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى به عندنا خلافاً لزفر بخلاف ما إذا غلط في الرابعة. لأنّه يختلف به المدّعى بخلاف تركه. **ه**[8] وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وقوله في الكتاب وذكر أنّه في يد المدّعى عليه لا بدّ منه. لأنّه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده. وفي العقار لا يكتفي بذكر المدّعى. وتصديق المدّعى عليه أنّه في يده[9] بل لا بدّ من البيّنة على اليد. هو الصحيح نفياً لتهمة المواضعة لاحتمال أن يكون العقار في يد غيرهما بخلاف المنقول. لأنّ اليد فيه مشاهد. وقوله وإنّه يطالبه به. لأنّ المطالبة حقه. فلا بدّ من طلبه ولأنّه يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال. وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق.

---

[1] شج : شرح الجلالي

[2] ق : - إذ

[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[4] جمع رحى

[5] قوله وإن كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادات والاستحلاف [illegible] غافلون. البحر الرائق ۱۹٦/۷.

[6] ف، ق : أحضرها

[7] ه : هداية

[8] ه : هداية

[9] ق : - وفي العقار لا يكتفي بذكر المدّعى. وتصديق المدّعى عليه أنّه في يده

قال: **وإن كان حقاً في الذمّة ذكر أنّه يطالب به.**

لما ذكرنا. ولكن لا بدّ من تعريف الحقّ بالوصف. لأنّه يعرف به.

قال: **فإذا صحّت الدعوى سأل المدّعى عليه عنها فإن اعترف قضى عليه بها.**

لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه.

قال: **وإن أنكر سأل المدّعي البينة.**

لقوله ﷺ « **أَلَكَ بيّنةٌ فقال لا فقال لك يمينٌ** »[1] رتّب اليمين على فقد البيّنة فلا بدّ من السؤال ليمكنه الاستحلاف.

قال: **فإن أحضرها قضى بها.**

لانتفاء التهمة.

[1] مسلم الصحيح "**إيمان**" ٦١؛ أبو داود السنن "**أيمان والنذور**" ٢.



٢ .٥٦ باب في التحالف

قال: **وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه.**

لما روينا. ولا بدّ من طلبه. لأنّ اليمين حقه.

قال: **وإن قال "لي [٤١٦/ب] بيّنة حاضرة" وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبي حنيفة.** ه[١]

معناه حاضرة في المصر.[٢]

قال: **وقال أبو يوسف يستحلف.**

لأن اليمين حقه بالحديث المعروف. وهو قوله ﷺ « **البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر** »[٣] فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة أن ثبوت الحقّ في اليمين مرتّب على العجز عن إقامة البيّنة لما روينا و لم يعجز. ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصّاف. ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي.

قال: **ولا ترد اليمين على المدّعي.**

لقوله ﷺ « **البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر** »[٤] قسم الحجج بينهما. والقسمة تنافي الشركة. معناه إذا ادّعى ولا بيّنة له ونكل خصمه عن اليمين لا ترد إلى المدّعي. والشافعي ترد إليه والحجّة عليه ما روينا.

قال: **ولا تقبل بيّنة صاحب اليد في الملك المطلق وبيّنة الخارج أولى.**

---

[١] ه : هداية

[٢] ق : المجلس

[٣] الدارقطني السنن ٣/١١٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧/٢٢٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/١٢٦؛ ينظر البخاري الصحيح "**رهن**" ٦؛ مسلم الصحيح "**عقدية**" ١؛ أبو داود السنن "**عقدية**" ٢٣؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ١٢ بلفظ "البيّنة على المدّعي واليمين على المدعى عليه"

[٤] الدارقطني السنن ٣/١١٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٧/٢٢٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/١٢٦؛ ينظر البخاري الصحيح "**رهن**" ٦؛ مسلم الصحيح "**عقدية**" ١؛ أبو داود السنن "**عقدية**" ٢٣؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ١٢ بلفظ "البيّنة على المدّعي واليمين على المدعى عليه"

وقال الشافعي تقضي ببيّنة ذي[1] اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنكاح والنتاج ودعوى الملك مع الإعتاق أو الاستيلاد أو التدبير. ولنا أن بيّنة الخارج أكثر إثباتاً وإظهاراً. لأنّ قدر ما أثبته اليد لا بيّنته بيّنة ذي اليد إذ اليد دليل الملك بخلاف النتاج. لأنّ اليد لا تدلّ عليه. وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بهما.

قال: **وإذا نكل المدّعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول ولزمه ما ادّعى عليه.**

والشافعي لا يقضى به. بل يرد اليمين إلى المدّعي. فإذا حلف يقضى له. لأنّ النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة. والترفع عن الصادقة فلا تكون حجّة مع الاحتمال. ويمين المدّعي دليل الظهور فيصار إليه. ولنا أن النكول دلّ على كونه باذلاً أو مقراً إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ولا وجه لرد اليمين إلى المدّعى لما بيّنّا[2] من الحديثين.

قال: **وينبغي للقاضي أن يقول "إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه."**

وهذا الإنذار ليعلم الخصم الحكم. لأنّه موضع الخفاء.

قال: **فإذا كرّر العرض ثلاث مرات قضى عليه بالنكول.** هـ[3]

وهذا التكرار مما ذكره الخصّاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر. فأما المذهب فإنّه لو قضى بالنكول بعد العرض مرّة جاز لما قدمنا. هو الصحيح. والأوّل أولى. ثمّ النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف وقد يكون حكمياً بأن سكت. وحكمهما واحد إذا علم أنّه لا آفة به من خرس[4] أو طرش.[5] هو الصحيح.[6] **جش**[7] **شح**[8] لو قضى عليه بالنكول في المرّة الأولى نفذ قضاؤه عند عامّة المشايخ. هو الصحيح. وقيل لا ينفذ. **ط**[9] ويشترط أن يكون القضاء على فور النكول عند البعض. [٤١٧/أ] وقال

لسان العرب ٦٢/٦.

٥ الطرش بفتحتين أهون الصمم ويقال هو مولد. الجوهري الصحاح

الصحيح. الهداية ١٥٧/٣.

٧ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

٨ شح : شمس الأئمة الحلواني

٩ ط : المحيط

الخصّاف لا يشترط. ولو استمهله بعد العرض ثلاثاً يومين أو ثلاثة[1] فلا بأس بأن يمهله. **ن**[2] نصير ادّعى دعاوى متفرّقة لا يحلفه القاضي على كلّ شيء. لكن يجمعها في يمين واحدة. وفي تتمة الواقعات ادّعى ديناً في التركة وإن التركة في يد هذا الوارث وهو أنكر الكلّ. قيل يحلف يميناً واحداً بالله ما وصل إليه شيء من تركة أبيه. ولا يعلم أن له على أبيه ديناً. وقيل يحلف يمينين مرّة على الوصول على البتات ومرة على الدين على العلم وهو قول عامّة المشايخ. **ط**[3] واجمعوا أن من ادّعى ديناً في التركة يحلف مع إقامة البيّنة على الدين بالله ما استوفيت الدين ولا أبرأته منه. وإن لم يدّع الخصم ادّعى المشتري إيفاء الثمن إلى البائع فأنكر لا يحلفه إلا بطلب المدّعي. فإن حلفه قبله فله أن يحلفه ثانياً. فإذا حلف ثمّ قال المشتري لي بيّنة على الإيفاء لا يجبره على الإيفاء بل يمهله ثلاثة أيّام بشرط أن يدّعي حضور الشهود. ولو قال شهودي غيب[4] يقضى عليه بغير إمهال. ولو ادّعى الإبراء وقال لي بيّنة حاضرة بمهلة ثلاثة أيّام. وقال الطَّواوِيسِيّ[5] يؤجله إلى آخر المجلس. **شط**[6] ادّعى المشتري عيباً لا يجبر على دفع الثمن حتّى يقيم البيّنة أو يحلف البائع. وهذا إذا قال شهودي بالبلد. فإن قال هم بالشام يحلف البائع. فإن حلف يجبر المشتري على الدفع. **ن**[7] ادّعى القاتل أن له بيّنة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيّام كما في سائر الدعاوى. فإن ادّعى المديون الإبراء وقال "لي بيّنة في المصر" أجل ثلاثة أيّام. فإن مضت و لم يأت بالبيّنة. وقال "لي بيّنة غائبة" يقضى بالقصاص قياساً كالأموال. وفي الاستحسان يؤجل استعظاماً لأمر الدم. **م**[8] وأدب القاضي لو قال "بيّنتي في المصر أم هم غيب" يحلف. وإن قال "هم في مجلس القضاء" لا يحلف. ولو قال "هم في المصر غيب عن مجلس القضاء" لا يحلف عند أبي حنيفة خلاف أبي يوسف وقول محمد مضطرب. وقيل قدر الغيبة بمسيرة سفر روضه بينتي غائبة عن المصر حلف عند أبي حنيفة خلاف أبي يوسف. وقيل قدر الغيبة بمسيرة سفر.

والطواويسي نسبة الى طواويس قرية من قرى بخاري على ثمان فراسخ منها. الفوئد البهية ٣١.

٦ شط : شرح الطحاوي

٧ ن : النوازل

٨ م : المنتقى للحاكم الشهيد

قال: **فإن كان الدعوى نكاحاً لم يستحلف عند أبي حنيفة. ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرقّ والاستيلاد والنسب والولاء والحدود. وقال أبو يوسف ومحمد[1] يستحلف في ذلك كلّه إلا في الحدود.**

وحكم اللعان حكم الحدود بالإجماع. ه[2] وصورة الاستيلاد أن يقول الجارية أنا أمّ ولد لمولاي. وهذا ابني منه وأنكر المولى. لأنّه لو ادّعى المولى يثبت الاستيلاد بإقراره. ولا يلتفت إلى إنكارها لهما أن النكول إقرار. لأنّه يدلّ على كونه كاذباً في الإنكار. إذ لو صدق يحلف إقامة للواجب ودفعاً للضرر عنه. والإقرار يجري في هذه الأشياء. لكنّه إقرار فيه بشبهة. والحدود تندرئ بالشبهات. واللعان في معنى الحدود. وله أن النكول بذل لأنّ معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وجعله باذلاً أولى تحاشياً عن التناقص. وعن نسبة الكذب إليه في الإنكار. والبذل لا يجري في هذه الأشياء. وفائدة الاستحلاف [٤١٧/ب] القضاء بالنكول فلا يستحلف. فإن قلت لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب والعبد المأذون. قلت يملكه لدفع الخصومة كالضيافة اليسيرة. قخ[3] في بيان صور هذه المسائل السبع بأن ادّعى رجل على امرأة أو المرأة على الرجل أو ادّعى بعد انقضاء العدّة أنّه كان راجعها في العدّة أو ادّعى المولى بعد انقضاء مدّة الإيلاء أنّه كان فاء إليها في المدّة فأنكرت أو ادّعت فأنكر أو ادّعى في مجهول النسب أنّه عبده فأنكر أو أعتقها. وعلى هذا الوجه في ولاء العتاقة وولاء الموالاة أو ادّعى على رجل أنّه ولده أو والده أو ادعت الأمة على مولاها أنّها أمّ ولد له. ه[4] ويستحلف السارق. فإن نكل ضمن المال ولم يقطع لقيام المانع من القطع دون الضمان كما إذا شهد على السرقة رجل وامرأتان. ولو ادعت طلاقاً قبل الدخول بها يستحلف الزوج. فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم. لأنّ الاستحلاف يجزئ في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال. وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق. لأنّ ذلك دعوى المال ثمّ يثبت المال بنكوله. ولا يثبت النكاح. وكذا في النسب إذا ادّعى حقاً كالإرث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة. لأنّ المقصود هو الحقوق. وإنّما يستحلف في النسب المجرّد عندهما. إذا كان يثبت بإقراره كالولد والأبوين في حقّ الرجل والأبوين في حقّ المرأة. لأنّ في[5] دعواها الولد تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقّهما.

قال: **وإذا ادّعى اثنان عيناً في يد آخر كلّ واحد منهما يدّعي أنّها له وأقاما البيّنة قضى بها بينهما.**

---

[1] ق : وقالا
[2] ه : هداية
[3] قخ : قاضي خان
[4] ه : هداية
[5] ق : - في

وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما. لأنّ إحديهما كاذبة بيقين وتعذر التميّز فتهاترتا ويقرع ول« **أنّه ﷺ أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما** »[1] ولنا حديث تميم بن طرفة[2] « **أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة وأقام كلّ واحد منهما البيّنة فقضى بها بينهما** »[3] وحديث القرعة كان في الابتداء ثمّ نسخ ولأنّ المطلق للشهادة في حقّ كلّ واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما اليد والآخر سبب الملك فصحت الشهادتان[4] فيجب العمل بهما ما أمكن والمحل يقتل التنصف فيتنصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

قال: **فإن ادّعى كلّ واحد منهما نكاح امرأة وأقاما البيّنة لم يقض بواحدة من البينتين.**

لتعذر العمل بهما لأنّ المحلّ لا يقبل الاشتراك.

قال: **ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما.**

لأن النكاح أنّما يحكم به لتصادق الزوجين وهذا إذا لم يوقت البينتان. فإذا وقتا فصاحب الوقت الأولى أولى. هـ[5] وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البيّنة فهي امرأته لتصادقهما. فإن أقام الآخر البيّنة قضى بها له. لأنّ البيّنة أقوى من الإقرار. ولو انفرد أحدهما بالدعوى وهي تجحد فأقام البيّنة وقضى بها القاضي له ثمّ ادّعى الآخر وأقام البيّنة على مثل ذلك لا يحكم بها. لأنّ القضاء الأوّل قد صحّ. فلا ينتقض بما هو مثله بل دونه إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً. لأنّه ظهر الخطأ في الأوّل بيقين. وكذا لو كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بيّنة الخارج إلا على وجه [٤١٨/أ] السبق.

قال: **فإن ادّعى إثنان كلّ واحد منهما أنّه اشترى منه هذا العبد وأقاما البيّنة فكلّ واحد منهما بالخيار. إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك.**

يعني ادّعى شراه من صاحب اليد. وإنّما يخير لأنّه تغيّر عليه شرط عقده. ولعل رغبته في تملك الكلّ فيرده ويأخذ كلّ الثمن.

---

[1] الزيلعي **"نصب الراية"**

... تزوجها. شذرات الذهب ١/١٠٠.

[3] الدارقطني السنن ٤/٢٠٩؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٠/٢٥٦؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤/١٠٨.

[4] ف : الشهادات

[5] ه : هداية

قال: **فإن[1] قضى القاضي[2] به بينهما فقال أحدهما "لا أختار" لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه.**

لأنه صار مقضياً عليه في النصف. وانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبيّنة لولا بيّنة صاحبه. ولو قال ذلك قبل يخير القاضي فله أن يأخذ الجميع. لأنّه يدّعي الكلّ و لم يفسخ سببه.

قال: **فإن ذكر كلّ واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما.**

لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به. ولو وقت إحديهما و لم يوقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك.

قال: **وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى.** هـ[3]

ومعناه أنّه في يده. لأنّ تمكنه من قبضه يدلّ على سبق شرائه. ولأنهما استويا في الإثبات فلا ينقض بالشّكّ اليد الثابتة بيقين. وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بيّنّا إلا أن يشهدوا أن شراه كان قبل شرى صاحب اليد. لأنّ الصريح أقوى من الدلالة.

قال: **فإن ادّعى أحدهما شرى والأخر هبة وقبضا.** هـ[4]

معناه من واحد.

قال: **وأقاما بيّنة ولا تاريخ معهما فالشرى أولى.**

لكونه معاوضة من الجانبين. ولأنّ الشرى يثبت الملك بنفسه بخلاف الهبة. وكذا الشرى والصدقة مع القبض لما مرّ. والهبة والقبض والصدقة سواء لاستوائهما في التبرّع ولا ترجيح باللزوم. لأنّه يرجع إلى المال. وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح. وكذا فيما يحتمله عند البعض. لأنّ الشيوع طاري. وعند البعض لا يصحّ. لأنّه تنفيذ الهبة في الشائع.

قال: **وإذا ادّعى أحدهما الشرى وادعت امرأة أنّه تزوّجها عليه فهما سواء.**

لاستوائهما في القوّة. فإن كلّ واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه. وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد الشرى أولى وعلى الزوج القيمة. لأنّه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء. لأنّ التزوّج على عين مملوك للغير صحيح. ويجب قيمته عند تعذر تسليمه.

---

[1] ف : + كان

[2] ق : – القاضي

[3] ه : هداية

[4] ه : هداية

قال: **فإن ادّعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً فالرهن أولى.**

يعني إذا أقاما البيّنة. وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى. لأنّها تثبت الملك دون الرهن. وجه الاستحسان أن المقبوض يحكم الرهن مضمون. ويحكم الهبة غير مضمون. وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض. لأنّه بيع انتهاءً. والبيع أولى من الرهن. لأنّ عقد ضمان يثبت الملك. ومعناه والرهن لا يثبته إلا معنىً بعد الهلاك.

قال: **فإن أقاما الخارجان البيّنة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأبعد أولى.**

لأنه أثبت أولية الملك فلا يتلقى [٤١٨/ب] الملك إلا من جهته و لم يتلقه الآخر منه.

قال: **وإن ادعيا الشرى من واحد وأقاما البيّنة على تاريخين فالأول أولى.**

لأنه أثبت الملك في وقت لا منازع له فيه.

قال: **وإذا أقام كلّ واحد منهما بيّنة على الشرى من آخر وذكرا تاريخاً فهما سواء.**

لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا و لم يؤرخا. ثمّ يخير كلّ واحد منهما على ما مرّ من قبل. هـ[1] وإن وقت إحدى البينتين و لم يوقت الأخرى قضى بينهما. لأنّ توقيت إحديهما لا يدلّ على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً. لأنهما اتّفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته. وإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتّى يتبين أنّه تقدم شرى غيره. ولو ادّعى الشرى من رجل والثاني الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً. لأنّهم يتلقون الملك من جهتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيّنة على الملك المطلق.

قال: **وإن أقام الخارج البيّنة على ملك مؤرخ وأقام صاحب اليد بيّنة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف.**

ورواية عن محمد. وعنه أنّه لا يقبل بيّنة ذي اليد. لأنّ البينتين قامتا على مطلق الملك. و لم يتعرضا لجهته فكان التقدم والتأخر سواء. ولهما أن البيّنة مع التاريخ يتضمّن معنى الدفع. فإن الملك متى ثبت لشخص في وقت فثبوته بعده لغيره لا يكون إلا بالتلقي من جهته. وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة. وعلى هذا الخلاف إذا كانت الدار في أيديهما لما مرّ من المعنى.

---

[1] ه : هداية

وإن أقام الخارج وذو اليد بيّنة على ملك مطلق[1] ووقتت إحديهما دون الأخرى فعند أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. لأنّ بيّنة ذي اليد لم يتضمّن معنى الدفع. لأنّه وقع الشك في التلقي من جهته. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى. لأنّه أقدم كما في دعوى الشرى إذا أرّخت إحديهما. وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما. ولو كان في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف الّذي وقت أولى. وقال محمد الّذي أطلق أولى. لأنّه دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد. ورجوع الباعة بعضهم على بعض لأبي يوسف أن المؤقتة[2] أوجبت الملك في ذلك الوقت يتعيّن. والإطلاق يحتمل غير الأولية. والمتيقن راجح على المحتمل. ولأبي حنيفة أن احتمال عدم التيقن يعارض التاريخ فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البيّنة على ملك مطلق بخلاف الشرى. لأنّه حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات.

قال: **وإن أقام الخارج وصاحب اليد كلّ واحد منهما بيّنة على النتاج فصاحب اليد أولى.**

لأن البيّنة قامت على ما لا يدلّ عليه اليد فاستوتا وترجحت بيّنة ذي اليد باليد خلافاً لما يقول عيسى بن أبان[3] أنهما يتهاتران وترك في يد ذي اليد لا على وجه القضاء. [٤١٩/أ] هـ[4] ولو تلقى كلّ واحد منهما الملك من رجل وأقام البيّنة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتهما على النتاج في يد نفسه. ولو أقام أحدهما البيّنة على الملك فلا يثبت للآخر إلا التلقي من جهته. وكذا إذا كان الدعوى من الخارجين فبينة النتاج أولى لما مرّ. ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثمّ أقام الثالث بيّنة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد. لأنّ الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية. وكذا المقضي عليه لا بالملك المطلق إذا أقام البيّنة على النتاج يقبل وينفض القضاء. لأنّه بمنزلة النص.

القرشي الجواهر المضيئة ٤٠١/١.

٤ ه : هداية

قال: **وكذا النسج في الثياب[1] الّتي لا ينسج إلا مرّة كغزل القطن. وكذلك كلّ سبب في الملك لا يتكرّر.**

لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتّخاذ الجبن واللبد والمرعزي[2] وجز الصوف.[3] وإن كان يتكرّر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق. وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب. فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة.[4] لأنّهم أعرف به. فإن أشكل عليهم قضى به للخارج. لأنّ القضاء ببينته هو الأصل.

قال: **فإن أقام الخارج البيّنة على الملك وصاحب اليد بيّنة على الشرى منه كان صاحب اليد أولى.**

لأنه صار كما إذا أقرّ بالملك له ثمّ ادّعى الشرى منه وتقبل بينته.

قال: **وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة على الشرى من الآخر.** شق[5]

يعني من صاحبه

قال: **ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان.**

ويترك الدار في يد ذي اليد عندهما. وقال محمد يقضي[6] بالبينتين. ويكون للخارج. لأنّ العمل بهما ممكن فيجعل كأنّ ذي اليد اشتراه من الخارج وقبض ثمّ باعه منه. لأنّ القبض دلالة السبق على ما مرّ. ولا يعكس الأمر. لأنّ البيع قبل القبض لا يجوز. وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الأقدام على الشرى إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين. وفيه التهاتر بالإجماع. كذا هنا ثمّ لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما. إذا استوتا لوجود قبض مضمون من الجانبين. وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا

. الجوهري الصحاح ٢٦٧/١؛ المرعز معروف وجعل سيبويه المرعزى صفة عنى به اللين من الصوف لسان العرب

الأصل. الهداية

القاموس المحيط ٤٨٨/١.

[5] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[6] ف : - يقضي

بالإجماع. وإن وقتت البينتان في العقار و لم تبينا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما. فيجعل كان الخارج اشترى أولاً ثمّ باع قبل القبض من ذي اليد. وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضي للخارج. لأنّه لا يصحّ بيعه قبل القبض فبقى على ملكه. وإن بينا قبضاً يقضي لصاحب اليد لجواز البيعين على القولين. وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثمّ باع و لم يسلم أو سلم ثمّ وصل إليه بسبب آخر.

قال: **وإن أقام أحد المدّعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء.**

لأن شهادة كلّ شاهدين علّة تامّة. والترجيح بقوة في العلّة لا بكثرة العلل لما عرف.

قال: **ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحد استخلف. فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص. وإن نكل في النفس حبس حتّى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة. وقالا يلزمه الأرش [٤١٩/ب] فيهما.**

لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما. فلا تثبت به القصاص. لأنّ سقوط القصاص لمعنى من جهة من عليه[1] فصار كما لو أقرّ بالخطاء والولي يدّعي العمد. ولأبي حنيفة أن الأطراف ملحقة بالأموال. لأنّ الكلّ خلقت لوقاية النفس فيجري فيه البذل بخلاف الأنفس. فإنّه لو قال "اقطع يدي" فقطعها لا ضمان عليه. وهذا إعمال للبذل. لكنّه لا يباح لعدم الفائدة. وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع.[2] وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حقه فيحبس به كما في القسامة.[3]

قال: **وإذا قال المدّعي "لي بيّنة حاضرة" قيل لخصمه "أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام."**

والتكفيل محافظة على حقه والتقدير بثلاثة أيّام مروي عن أبي حنيفة. وهو الصحيح. ه[4] قال ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير. ثمّ لا بدّ في التكفيل من قوله "لي بيّنة حاضرة في المصر" حتّى لو قال المدّعي "لا بيّنة لي أو شهودي غيب" لا يكفل لعدم الفائدة.

القسامة. الهداية

.١٥٨/٣

٤ ه : هداية

قال: **فإن فعل وإلا أمر بملازمته.**

أي المدّعي كيلا يذهب حقه.

قال: **إلا أن يكون غريباً على الطريق فيلازم مقدار مجلس القضاء.**

وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس. والاستثناء منصرف إليهما. لأنّ في أخذ الكفيل والملازمة زيادة إضرار به لمنعه من السفر. ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً. هـ[1] الملازمة أن يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع. لأنّه حبس. ولو دخل داره لحاجة لا يتبعه بل يجلس على باب داره[2] إلى أن يخرج. ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب. لأنّه أبلغ في حصول المقصود. وقد مرّ في كتاب الحجر.

قال: **وإن قال المدّعى عليه "هذا الشيء أودعنيه الفلان الغائب" أو "رهنه عندي" أو "غصبته منه" وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدّعي.** هـ[3]

وكذا إذا قال آجرنيه لأنّه أثبت ببيّنة أن يده ليست بيد خصومة. وقال ابن شبرمة لا يندفع. لأنّ دفع الخصومة بناء على إثبات الملك للغائب. وقد تعذر ذلك لعدم الخصم عنه. قلنا مقتضى البيّنة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع الخصومة عن المدّعي به.[4] وهو خصم فيه. فيثبت كالوكيل بنقل المرأة إذا أقامت البيّنة على الطلاق. وقال ابن أبي ليلى[5] يندفع بدون إقامة البيّنة لإقراره للغائب. قلنا إقراره لا يسقط حقّ الدعوى الثابت لظاهر يده عليه. وقال أبو يوسف إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه. وإن كان معروفاً بالحيل لا يندفع عنه الخصومة دفعاً لاحتياله الغالب. ولو قال الشهود "أودعه رجل لا نعرفه" لا تندفع الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو المدّعي. ولو قالوا "نعرفه بوجهه ولا نعرفه بنسبه واسمه." فكذا الجواب عند محمد. وعند أبي حنيفة يندفع. لأنّه أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث[6] عرفه الشهود [٤٢٠/أ] بوجهه بخلاف الفصل[7] الأوّل. وهذه المسألة مخمسة[8] كتاب الدعوى لما مرّ من الأقوال الخمسة فيها.

---

[1] ه : هداية
[2] ف : + إلى خارج
[3] ه : هداية
[4] ف، ق : – به
[5] ق : + لا
[6] ف : + من
[7] ق : – الفصل
[8] ف : + من

قال: **وإن قال "ابتعته من فلان الغائب" فهو خصم.**

لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً. وإن قال المدّعي "غصبته مني أو سرقته مني" لا يندفع عن صاحب اليد الخصومة. وإن أقام بيّنة على الوديعة. لأنّه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق. لأنّه خصم فيه باعتبار يده حتّى لا يصحّ دعواه على غير ذي اليد. ويصحّ دعوى الفعل باعتبار الضمان.

قال: **وإن قال المدّعي "سرق مني" وأقام بيّنة وقال صاحب اليد "أودعنيه فلان" وأقام البيّنة لم تندفع الخصومة.**

وهذا استحسان. وقال محمد تندفع. لأنّه لم يدّع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة. والظاهر أن الفاعل هو الّذي في يده إلا أنّه لم يعينه درأً للحد شفقة عليه وإقامةً لحسبة الستر عليه فصار كما إذا قال "سرقت" بخلاف الغصب. لأنّه لا حدّ فيه فلا سترة.

قال: **وإن قال المدّعي "ابتعته من فلان" وقال صاحب اليد "أودعنيه فلان ذلك" سقطت الخصومة بغير بينة.**

لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البيّنة أن فلاناً وكله بقبضه. لأنّه أثبت ببيّنة كونه أحقّ بإمساكها.

قلت وفي بعض النسخ لم تسقط[1] الخصومة بغير بيّنة. فإن أراد بالفلان غير الفلان الّذي يدّعي الابتياع منه فهو موافق لروايات الأصول. وإن أراد به عين ذلك فهو مخالف لروايات الجامعين فقد نصّ فيهما على سقوط الخصومة بغير بيّنة. وفي رواية الزعفراني دار في يديه أقام آخر بيّنة أنّه اشتراها من عبد الله بألف فقال ذو اليد أودعنيها عبد الله يحلف البتة على دعوى الوديعة. فإن حلف فلا خصومة بينهما. وإن نكل فهو خصم.

قال: **أقرّ ذو اليد بالشرى من المدّعي فالقياس أن يسلم إلى المدّعي حتّى يثبت المشتري منه.**

وفي الاستحسان يترك في يده ثلاثة أيّام بكفيل حتّى يثبت الشرى. م[2] غصبت شيئاً فادّعى أن المغصوب منه أقرّ أنّه للغاصب إن ادّعى أن له بيّنة حاضرة تقبل بيّنته. ويقرر المغصوب في يده وإلا يسلم إلى

---

[1] ف : سقط

[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد

المالك ثمّ يسأل البيّنة على إقراره. ولو أقام على الغصب وذو اليد أقام بيّنة على أنّه وهبة له أو على البيع فبينة ذي اليد أولى لإمكان القضاء بهما.

٥٦. ٢. ١ فصل في كيفية اليمين

قال: **واليمين بالله تعالى دون غيره.**

لقوله ﷺ « **من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر** »[١]

قال: **ويؤكد بذكر أوصافه**

وهو التغليظ. وذلك مثل قوله ﴿ **هو الله الّذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم** ﴾[٢] الّذي يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك هذا المال الّذي ادعاه. وهو كذا وكذا ولا شيء منه. وله [٤٢٠/ب] أن يزيد في التغليظ على هذا. وله أن ينقص منه. لكنّه يحتاط كيلا يتكرّر عليه اليمين. لأنّ المستحقّ عليه يمين واحدة. وإن شاء القاضي لا[٣] يغلظ فيقول قل[٤] بالله أو والله. وقيل لا يغلظ بالمعروف على الصلاح ويغلظ على غيره. وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير.

٥٦. ٢. ٢ فصل في الاستحلاف

قال: **ولا يستحلف بالطلاق ولا العتاق.**

لما روينا. وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك[٥] لقلة المبالاة باليمين بالله.

قال: **ويستحلف اليهودي "بالله الّذي أنزل التوراة على موسى" والنصراني "بالله الّذي أنزل الأنجيل على عيسى."**

---

[١] البخاري الصحيح **"شهادات" ٢٦**؛ مسلم الصحيح **"أيمان"** ١؛ أبو داود السنن **"الأيمان والنذور**

شرعا. تبيين الحقائق ٣٠١/٤.

لقوله ﷺ لابن صُوريّا[1] « **أنشُدُك[2] بالله الّذي أنزل التوراةَ على موسى أَنّ حُكمَ الزنا في كتابكم هذ** »[3] أولأنّه يتغلظ بذكر المنزل على نبيه.

قال: **والمجوسي "بالله الّذي خلق النار."**

هكذا ذكر محمد في الأصل. ويروي عن أبي حنيفة أنّه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصاً. وذكر الخصّاف أنّه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله. وهو اختيار بعض مشايخنا. لأنّ ذكر النار مع اسمه تعالى تعظيم لها فلا تعظيم بخلاف الكتابين. لأنّ كتب الله معظمة. والوثني لا يحلف إلا بالله. لأنّ الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال تعالى **﴿ ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولُن الله ﴾**[4]

قال: **ولا يحلفون في بيوت عباداتهم.**

لمنع المسلمين عن حضورها.

قال: **ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان.**

دفعاً[5] للحرج عن القضاة وحصول المقصود بدونه.

قال: **ومن ادّعى أنّه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف "بالله ما بينكما بيع قائم في الحال" ولا يستحلف "بالله ما بعت."**

لأنه قد يباع العين ثمّ يقال فيه.

قال: **وفي الغصب يستحلف "بالله ما يستحقّ عليك رده." ولا يستحلف "بالله ما غصبت."**

لأنه قد يغصب ثمّ يفسخ بالهبة والبيع.

قال: **وفي النكاح "بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال."**

لأنه قد يطرأ عليه الخُلع.

---

[3] أبو داود السنن **"حدود"** ٢٥؛ ابن ماجه السنن **"حدود"** ١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٣٠/٤.

[4] لقمان ٢٥/٣١

[5] ق : - دفعا

قال: **وفي دعوى الطلاق "بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت." ولا يستحلف "بالله ما طلقها."**

لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه. لأنّه لو حلف على السبب يتضرّر المدّعى عليه. وهذا عندهما. وعند أبي يوسف يحلف على السبب في جميع ذلك[١] إلا إذا كان[٢] عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل. وقيل ينظر إلى إنكار المدّعى عليه. فإن أنكر السبب يحلف عليه. وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل. والحاصل هو الأصل عندهما. إذا كان سبباً[٣] يرتفع برافع إلا إذا تضمن ترك النظر في جانب المدّعى فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع. وذلك مثل أن تدّعي المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادّعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها. لأنّه لو حلف على الحاصل تصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حقّ المدّعي. وإن كان سبباً لا يرتفع بالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادّعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافر. لأنّه يعود الرقّ بالردة واللحاق [٤٢١/أ] ونقض العهد واللحاق.[٤] ولا يعود على العبد المسلم. هـ[٥] جص[٦] ومن ورث عبداً فادعاه آخر استحلف بالله على علمه دون البتات. لأنّه لا يعلم بما صنع المورث. وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين. لأنهما سبب للملك وضعاً. ومن ادّعى على آخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها جاز. وليس له أن يستحلفه على ذلك اليمين أبداً لسقوط حقه.

قال: **وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها ابنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البيّنة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد[٧] هي بينهما أثلاثاً**

بطريق العول والمضاربة. فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم فيقسم أثلاثاً. وأبو حنيفة اعتبر فيها طريق المنازعة فقال لا ينازع المدّعي النصف في النصف الآخر فيسلم له واستوت منازعتهما في النصف فيتنصف بينهما.

قال: **ولو كانت الدار في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء.**

---

١ ق : - يتضرّر المدّعى عليه. وهذا عندهما. وعند أبي يوسف يحلف على السبب في جميع ذلك
٢ ق : - كان
٣ ق : - سببا
٤ ق : - واللحاق
٥ ه : هداية
٦ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
٧ ق : وقالا

لأن مدّعي النصف إنما يدّعي النصف الّذي في يديه حتّى لا يكون ظالماً بإمساكه فسلم النصف الآخر لمدعي الكلّ بلا منازعة. وهو خارج في حقّ النصف الآخر. فتقبل بيّنته دون بيّنة ذي اليد فيسلم الكلّ له ضرورة.

قال: **وإذا تنازعا في دابة[1] وأقام كلّ واحد منهما بيّنة أنّها نُتجت عنده وذكرا تاريخاً وسنّ الدابّة يوافق أحد التاريخين فهو أولى.**

لترجحه بشهادة الحال.

قال: **وإن أشكل ذلك كانت بينهما.**

لأن سقط التوقيت وصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً. هـ[2] وإن خالف سن الدابّة الوقتين بطلت البينتان. كذا ذكره الحاكم. لأنّه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد ذي اليد. ولو كان العبد في يد رجل أقام رجل البيّنة عليه بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما.

قال: **وإذا تنازعا في دابّة أحدهما راكبها والآخر متعلّق بلجامها فالراكب أولى.**

لأن تصرف الّذي يختصّ بالملك أظهر. وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى. ولو كانا راكبين فهو بينهما لاستوائهما في التصرّف.

قال: **وكذلك إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى.**

لأنه هو المتصرف.

قال: **وإذا تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر متعلّق بكمه فاللابس أولى.**

لما مرّ. ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه فهو بينهم لا على طريق القضاء. لأنّ العقود ليس بيد عليه فاستويا. ولو كان ثوباً في يد رجل وطرفه في يد آخر[3] فهو بينهما نصفان. لأنّ الزيادة من جنس الحجّة [٤٢١/ب] لا توجب زيادة في الاستحقاق. ولو كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول قوله. لأنّه في يد نفسه. ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده. وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده. لأنّه لا يد له على نفسه. ولو كبر وادّعى الحرية لا تقبل قوله[4] لظهور الرقّ عليه في صغره. ولو كان حائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه اتّصال مداخلة وتربيع بأن يتداخل

---

[1] أ، ف : أدائه
[2] ه : هداية
[3] ق : رجل
[4] ق : - قوله

لبنات أحد الجدارين في البنات الآخر وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتّصال والهرادي ليس بشيء.[1] لأنّ الجدار لا يبنى لها. وكذا البواري حتّى لو كان لأحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما. هـ[2] ولو كان لكلّ واحد عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما. ولا عبرة للأكثر منها بعد الثلاث. وإن كان جذوع أحدهما أقلّ من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة. وللآخر موضع جذوعه في رواية. وفي رواية لكلّ واحد منهما ما تحت خشبته. ثمّ قيل ما بين الخشب بينهما. وقيل على قدر خشبتهما. والقياس أن يكون بينهما نصفين. لأنّه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجّة. ولو كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر اتّصال. فالأول أولى. وقيل الثاني. جص[3] دار عشرة أبيات منها لرجل وبيت منها في يد آخر فالساحة بينهما نصفان.

قال: **وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادّعى أحدهما ثمناً وادّعى الآخر أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادّعى المشتري أكثر منه وأقام أحدهما بيّنة قضى له بها**

عملاً بالحجة.

قال: **فإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة فالبيّنة المثبتة للزيادة أولى.**

لأن البينات للإثبات. ولا تعارض في الزيادة. ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن. وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات.

قال: **وإن لم يكن لكلّ واحد منهما بيّنة قيل للمشتري "إما أن ترضى بالثمن الّذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع" وقيل للبائع "إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع."**

لأن هذا جهة في المقصود. وهو قطع المنازعة. لأنهما عسى أن لا تراضيان بالفسخ. فإذا علما به يتراضيان.

قال: **فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كلّ واحد منهما على دعوى الآخر**

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس. لأن البائع يدّعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدّعي وجوب تسليم المبيع بما نفذ والبائع ينكر وكان كلّ واحد منهما منكراً فيحلف. فأما بعد

---

[1] الجذع. تبيين الحقائق ٣٢٧/٤.

[2] ه : هداية

[3] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

القبض فمخالف للقياس. لأنّ المشتري لا يدّعي شيئاً. لأنّ المبيع سالم له فلا يحلف البائع فيكتفي بحلف المشتري لإنكاره زيادة الدين عليه. لكنّا عرفناه بالنص. وهو قوله ﷺ « **إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها** [٤٢٢/أ] **تحالفا وترادا** »[١]

قال: **ويبدأ بيمين المشتري.**

في قول أبي يوسف أخر أو رواية عن أبي حنيفة. وهو قول محمد. وهو الصحيح. لأنّ المشتري أشدهما إنكاراً. لأنّه يطالب أولاً بالثمن. ولأنّه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن. ولو بدئ بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. هـ[٢] وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما. وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. ن[٣] يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين. ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. ولقد اشتراه بألف فيضم الإثبات إلى النفي تأكيداً. والأصحّ الاقتصار على النفي لوضع الأيمان عليه. دلّ عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً.

قال: **فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما**

قطعاً للمنازعة. وهذا يدلّ على أنّه لا ينفسخ بنفس التحالف. لأنّه إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل. وإنّه فاسد. ولا بدّ من الفسخ في البيع الفاسد.

قال: **وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر.**

لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول ثبوته.

قال: **وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف.[٤] والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه.**

لأنها تثبت بالعوارض والقول من ينكر العوارض مع اليمين.

قال: **فإن هلك المبيع ثمّ اختلفا لم يتخالفا عندهما.[٥] وقال محمد يتخالفان. ويفسخ البيع على قيمة الهالك.**

---

[١] مالك الموطا "بيوع" ١٧؛ الزيلعي "نصب الراية" ١٠٥/٤.

[٢] ه : هداية

[٣] ن : النوازل

[٤] ف : + بينهما

[٥] ف : + وجعل القول قول المشتري

وبه الشافعي. وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب. لأنّ كلّ واحد منهما يدّعي عقداً غير العقد الّذي يدعيه الآخر والأخر ينكره. وإنّه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة. ولهما أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما مرّ. لكن ورد به الشرع في حال قيام السلعة. والتحالف فيه يفيد الفسخ. ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد. وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته. وهذا إذا كان الثمن ديناً. فإن كان عيناً يتحالفان. لأنّ المبيع في أحد الجانبين قائم فيتوفر عليه فائدة الفسخ. ثمّ يرد مثل الهالك إن كان له[1] مثل وإلا فقيمته.

قال: **وإن هلك أحد العبدين ثمّ اختلفا في الثمن لم يتخالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك. وقال أبو يوسف يتحالفان. ويفسخ البيع في الحيّ وقيمة الهالك. وهو قول محمد.**

لأن هلاك كلّ السلعة لا يمنع التحالف عنده. فهلاك بعضها أولى. ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك [٤٢٢/ب] فيتقدر بقدره. ولأبي حنيفة أن التحالف إنما جاز على خلاف القياس حال قيام السلعة. وهي اسم لجميع أجزائها. فلا يبقى بفوات بعضها إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً. لأنّه حينئذ يكون الثمن كلّه بمقابلة القائم. ويصرف الاستثناء إلى التحالف. كذا قاله بعض المشايخ. وقالوا بقوله في جص[2] إلا أن يأخذ الحيّ. ولا شيء له أي من ثمن الهالك شيئاً أصلاً. وقيل يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشتري دون الزيادة. وعندهم ينصرف الاستثناء إلى عين المشتري. لأنّه لما أخذ البائع بقوله فقد صدقه فلا يحلف. ثمّ تفسير التحالف على قول محمد ما بيّنّاه في القائم. وإذا حلفا فادّعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ. ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك. واختلف في تفسيره على قول أبي يوسف. والصحيح أنّه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع. فإن نكل لزمه دعوى البائع. وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الّذي يدعيه المشتري. فإن نكل لزمه دعوى المشتري. وإن حلفا يفسخان العقد في القائم. ويسقط حصته من الثمن. ويلزم المشتري قيمة الهالك. ويعتبر قيمتهما في الإنقسام يوم القبض. وإن اختلفا في قيمة الهالك حينئذ[3] فالقول للبائع. وأيهما أقام البيّنة تقبل بيّنته. وإن أقاما البيّنة فبينة البائع أولى. وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل. ولو اشترى جارية وقبضها ثمّ تقائلا ثمّ اختلفا في الثمن يتحالفان. ويعود البيع الأوّل. ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة. فلا تحالف عندهما خلاف

---

[1] ق : – له

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] ق : – ويعتبر قيمتهما في الإنقسام يوم القبض. وإن اختلفا في قيمة الهالك حينئذ

محمد. ولو أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثمّ تقائلا ثمّ اختلفا في الثمن فالقول للمسلم إليه. ولا يعود السلم. لأنّ الساقط لا يعود.

٥٦. ٢. ٣ فصل في اختلاف المهر

قال: **وإذا اختلف الزوجان في المهر فادّعى الزوج أنّه تزوّجها بألف وقالت "تزوّجتني بألفين" فأيهما أقام البيّنة قبلت بينته.**

لأنه نوّر دعواه بالحجة.

قال: **فإن أقاما البيّنة فالبيّنة بيّنة المرأة.**

لأنها ثبت الزيادة. وهذا إذا كان مهر مثلها أقلّ مما ادعته وإن كان أكثر. قيل بينتها أولى. وقيل بيّنة الزوج.

قال: **وإن لم يكن لهما بيّنة تحالفا عند أبي حنيفة. ولا يفسخ النكاح.**

لأنّ أثر التحالف عدم التسمية. وإنّه لا يخل بصحة النكاح.

قال: **ولكن يحكم مهر المثل. فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقلّ قضى بما قال الزوج.**

لأنّ الظاهر شاهد له.

قال: **وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضى بما ادعته المرأة. وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل.**

لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه.[١] ه[٢] ذكر التحالف أولاً ثمّ التحكيم. وهو قول الكرخي. لأنّ بالتحالف تسقط التسمية. فيعتبر حينئذ [٤٢٣/أ] مهر المثل. لأنّه لا اعتبار له مع وجود التسمية. فلهذا يقدم في الوجوه كلّها. ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول. ويخرج الرازي بخلافه. وقال أبو يوسف القول قول الزوج في هذا كلّه لإنكاره الزيادة إلا أن يدّعي مهراً مستنكر. قيل هو ما دون العشرة. وقيل هو ما لا يتعارف مهراً لها لم يصدق. لأنّه خلاف الظاهر. وما يجب بالبيّنة أو بالاعتراف لا يخير الزوج فيه. وما يجب باعتبار مهر المثل يخير الزوج فيه. إن شاء جعلها دراهم أو دنانير. ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة على هذه الجارية فهي كالمسألة

---

[١] ق : – لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه

[٢] ه : هداية

المتقدّمة إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل فلها قيمتها دون عينها. لأنّ تملكها لا يكون إلا بالتراضي و لم يوجد.

٥٦. ٢. ٤ فصل الاختلاف في الإجارة

قال: **وإذا اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا.**

سواء اختلفا في البدل أو في المبدل. وهو القياس على ما مرّ. فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدئ بيمين المستأجر. لأنّه منكر وجوب الأجرة. وإن وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر. وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه. وأيهما أقام البيّنة قبلت بيّنته. وإن أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة. وإن كان في المنافع فبينة المستأجر. وإن كان فيهما قبلت بيّنة كلّ واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدّعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة.

قال: **وإذا اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا. وكان القول في الماضي قول المستأجر مع يمينه.**

وهذا ظاهر عندهما. لأنّ هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما.[1] وكذا عند محمد. لأنّ الهلاك إنما لا يمنع التحالف عنده فيما له قيمة لقيام القيمة مقام العين. ولا كذلك في الإجارة. لأنّ العقد متى بطل بالتحالف لا يبقى المنافع متقوّمة فلا يقوم مقام المعقود.[2] وإذا امتنع التحالف فالقول قول المستأجر مع يمينه. لأنّه هو المستحقّ عليه.

قال: **وإذا اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى. وكان القول في الماضي قول المستأجر مع يمينه.**

لما مرّ. والفرق لأبي حنيفة بين البيع والإجارة أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة فيكون فيما بقى كالعقد المبتدأ بخلاف البيع.

قال: **وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة. وقالا يتحالفان.**

وبه الشافعي. لأنّه عقد معاوضة يقبل الفسخ. فأشبه البيع إذا اختلفا في الثمن. ولأبي حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر في حقّ اليد والتصرّف للحال. وهو سالم للعبد. وإنّما ينقلب مقابلاً بالعتق عند الأداء لا قبله فبقى اختلافاً في مقدار البدل لا غير فلا يتخالفان.

---

[1] ق : - لأنّ هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما

[2] ف، ق : + عليه

٥٦. ٢. ٥ فصل الاختلاف في متاع البيت

قال: **وإذا اختلف الزوجان في** [٤٢٣/ب] **متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل**

كالعمامة والقلنسوة. لأن الظاهر شاهد له.

قال: **وما يصلح للنساء**

كالوقاية

قال: **فهو للمرأة**

لشهادة الظاهر لها.

قال: **وما يصلح لهما كالأواني فهو للرجل.**

لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج. والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختصّ لمعارضة ظاهر أقوى من اليد. ولا فرق بينهما إذا كان الاختلاف حال قيام النكاح أو بعد البينونة.

٥٦. ٢. ٦ فصل في دعوى الميراث

قال: **فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما عند أبي حنيفة**

لأن اليد للحي دون الميت.

قال: **وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها. والباقي للزوج**

مع يمينه في الطلاق والموت. لأنّ الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز. وهذا أقوى فيبطل به ظاهر اليد. ولا معارض له في الزيادة فيكون له. وقال محمد يثبت لكلّ واحد منهما ما يصلح له أو لورثته في الطلاق والموت. وما يصلح لهما فللرجل أو لورثته. ه[1] فإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة. لأنّ يد الحرّ أقوى وللحي بعد الممات. لأنّه لا يد للميت عند أبي حنيفة. وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ. لأنّ لهما يداً معتبرة. شط[2] وإن ماتا واختلفت ورثتهما في قدر المسمى فالقول لورثته عند أبي حنيفة. فيقضي بما أقرّ به ورثته قلّ أو كثر. ولا يحكم مهر المثل. لأنّ المهر بدل من وجه وصلة من وجه. فيعتبر بدلاً عند التسمية. فلا يسقط بموتهما كالثمن وصلة عند عدمها. فيسقط كالنفقة. ولأنّ

---

[1] ه : هداية

[2] شط : شرح الطحاوي

الصحابة اختلفوا في سقوطه بموت أحدهما. وهذا اتّفاق منهم على سقوطه بموتهما. وعند أبي يوسف القول لورثته إلا أن يقروا بمهر مستنكر. وعند محمد يحكم مهر المثل كما في الحياة. وإن اختلفت ورثتهما في أصل التسمية فالقول لمنكرها. ولا يقضى بشيء عنده لما مرّ.[1] وقالا يقضي بمهر المثل. لأنّه عوض المسمى. ولو تزوّجها على حنطة بعينها فضاعت ثمّ اختلفا في قدرها أو كان المهر ديناً واختلفا في جنسه أو صفته أو نوعه أو على نقرة بعينها ثمّ اختلفا في وزنها أو قال على عبدي فلان وقيمته ألف وقد مات وقال على عبدك فلان وقيمته ألفان وقد مات فهذا كلّه كاختلافهما في الألف والألفين. وكذا لو قال على هذا العبد وقالت هي على هذه الجارية إلا في فصل. وهو أنّه إذا كان مهر مثلها مثل الجارية أو أكثر فلها قيمتها. وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة لتعذّر إيجاب المسمى. ولو تزوّجها على عبد بعينه فمات ثمّ اختلفا في قيمته أو ثوب بعينه فضاع ثمّ اختلفا في ذرعانه أو إبريق فضة[2] بعينه فضاع ثمّ اختلفا في وزنه أو قيمته أو صفته أو نوعه أو حنطة بعينها فضاعت ثمّ اختلفا في وصفها فالقول له والبيّنة بينتها. ولا يحكم مهر المثل. لأنّ المسمى مجمع عليه.

٥٦ . ٢ . ٧ فصل في دعوى النسب

قال: **وإذا باع [٤٢٤/أ] رجل جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستّة أشهر[3] من يوم باع فهو ابن البائع وأمه أمّ ولد له. ويفسخ البيع فيه ويرد الثمن.**

وفي القياس. وهو قول زفر والشافعي. دعوته باطلة للتناقض. لأنّ بيعه اعتراف برقه. ولنا أن اتّصال العلوق بملكه شاهد بكونه منه لانتفاء الزنا ظاهراً أو مبني النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض. وإذا صحّت الدعوة استندت إلى وقت العلوق. فتبين أنّه باع أمّ ولده فيفسخ البيع. ويرد الثمن. لأنّه قبضه بغير حق.

قال: **فإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى.**

لأنه أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق. لأنّ دعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق دون دعوة التحرير. شط[4] وإن ادعاه المشتري قبل دعوة البائع ثبت نسبه. ولا تقبل دعوة البائع بعده. لأنّه ثبت النسب من المشتري. وإنّه لا يحتمل النقض. وإن جاءت به لأكثر من سنتين من[5] وقت البيع لم يصحّ دعوة البائع

---

[1] ق : – لما مر

[2] ق : – فضة

[3] ق : – أشهر

[4] شط : شرح الطحاوي

[5] ق : – لأنّه ثبت النسب من المشتري. وإنّه لا يحتمل النقض. وإن جاءت به لأكثر من سنتين من

لعدم اتّصال العلوق بملكه يقيناً. وإن صدقه المشتري يثبت النسب منه. ويحمل على الاستيلاد بالنكاح. ولا يبطل البيع. لأنّه دعوة تحرير.

قال: **وإن جاءت به لأكثر من ستّة أشهر لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري.**

ثم إذا كان الدعوى لتمام سنتين فصاعداً فجوابه ما مرّ. وإن كان لأقل من سنتين يثبت النسب ويبطل البيع. والوالد حرّ وأمه أمّ ولد له لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك.[1]

قال: **فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستّة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم. ولا يفسخ البيع.**

لأنها تابعة للولد و لم يثبت نسبه بعد الموت لاستغنائه فلا يتبعه الأم.

قال: **وإن ماتت الأمّ فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستّة أشهر يثبت نسب الولد منه. وأخذه البائع بحصته من الثمن.**

لأن الولد أصل في النسب. ولهذا تضاف إليه فيقال أم الولد. ولأنّها تستفيد الحرية من جهته لقوله ﷺ « **أعتقها ولدها** »[2] ولأنّ الثابت لها حقّ الحرية وللولد حقيقة الحرية والأدنى يتبع الأعلى.

قال: **ولا يرد حصة الأمّ في قول أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة يرد الثمن كله.**

وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقوّمة عند أبي حنيفة في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري. وعندهما متقوّمة فيضمنها. قب[3] ولو اشتراها وهي حُبلى ثمّ باعها فولدت أو ولدت في يد البائع ثمّ باعها ثمّ ادّعى الولد لم يصدق.

قلت لأنّ من شرط صحتها قيام الملك أو اتّصال العلوق بملكه وقد انعدما. قب[4] ولو ولدت في يده لأقل من ستّة أشهر أو لأكثر ثمّ باعها فادعاه أبوه وصدقه البائع لم يصدق. فإن ادعاه البائع بعده لم

---

[1] [illegible]

[2] ابن ماجه السنن **"عتق"** ٢؛ الدارقطني السنن **١٣١/٤**؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** **٣٤٦/١٠**.

[3] قب : قاضي بديع

[4] قب : قاضي بديع

يصدق أيضاً. هـ[1] ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثمّ ادعاه الأوّل فهو ابنه. ويبطل البيع. وكذا لو كاتبه أو رهنه أو آجره أو اشتراهما [٤٢٤/ب] وكاتب الأمّ أو باعها أو رهنها أو آجرها أو زوجها. لأنّ هذه العوارض تحتمل النقض. فينقض كلّه وتصحّ الدعوة. ولو أعتق المشتري الولد لم تصحّ الدعوة لما فيه من نقل الولاء والأمّ أمه بحالها. وكذا لو دبره أو مات أو قُتل وأخذ قيمته بخلاف ما إذا أعتق الأمّ أو دبرها أو أولدها حيث تصحّ الدعوة لما مرّ من الفرق ويرد حصة الولد دون الأم.

قال: **ومن ادّعى نسب أحد التوأمين[2] ثبت نسبهما منه.**

لأنهما من ماءٍ واحد. فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر. والتوأمان هما اللذان بينهما أقلّ من ستّة أشهر. جص[3] ولو ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثمّ ادّعى البائع من في يده ثبت نسبهما. وبطل عتق المشتري لظهور حرية الأصل فيه حكماً لحرية أخيه بخلاف ما إذا كان واحداً لأنّه يثبت ثمة مقصوداً. هـ[4] ولو لم يكن العلوق في ملكه ثبت نسب الّذي في يده دون المبيع. لأنّ هذه دعوة تحرير فيقتصر على محلّ ولايته. ولو كان في يده صبي فقال هو ابن عبدي فلان الغائب. ثمّ قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن جحد العبد. وقالا إذا جحد فهو ابن المولى. وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه. ثمّ ادعاه لنفسه. قلت والحيلة في إسقاط دعوة البائع في الغلام الّذي علق في ملكه أن يقر البائع أنّه ابن عبده فلان فلا يصحّ دعواه أبداً عنده.[5]

---

[1] ه : هداية

[2] التوأم من جميع الحيوان المولود مع غيره في بطن من الاثنين فصاعدا ذكرا أو أنثى ج توائم وتؤام. القاموس المحيط ١٣٩٨/١.

[3] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[4] ه : هداية

[5] ق : + والله أعلم بالصواب



٥٧ كتاب الشهادات



قال:[١] **الشهادة**[٢] **فرض يلزم الشهود.**[٣] **ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدّعي.**

لقوله تعالى ﴿ **ولا يأب الشهداء إذا ما دُعوا** ﴾[٤] وقوله تعالى ﴿ **ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنّه آثم قلبُه** ﴾[٥] وإنّما اشترط طلب المدّعي. لأنّها حقه فيتوقّف على طلبه كسائر الحقوق. **جس**[٦]

---

١ ... الوسيلة. فتح القدير ...

٢ ... أولى. المبسوط ...

٣ ... الشهادة. الجوهرة النيرة ٥/٤٢٨.

٤ البقرة ٢/٢٨٢

٥ البقرة ٢/٢٨٣

٦ جس : أحناس الناطفي

وفي تفسير الفضلي وتحمل الشهادة فرض على الكفاية. وإلا لضاعت الحقوق وبطلت المواثيق. وعلى هذا الكاتب إذا تعين لذلك إلا أنّه يجوز للكاتب أخذ الأجرة دون الشاهد.

قال: **والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار. والستر أفضل.**

وإنما يخير. لأنّه بين حسبتين إقامة الحدّ والتوقي عن الهتك. وإنّما فضل الستر لقوله ﷺ للذي شهد عنده « **ولو سترته بثوبك لكان خيراً لك** »[1] وقال ﷺ « **من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة** »[2] وفي تلقين النبي ﷺ وأصحابه الدرأ دلالة ظاهرة على أفضلية الستر.

قال: **إلا أنّه يجب أن يشهد بالمال في السرقة. فيقول أخذ ولا يقول سرق.**

إحياءً لحق المسروق منه ومحافظة على الستر. ولأنّه لو ظهرت السرقة يقطع فيسقط الضمان فلا يحصل إحياء حقه.

---

[1] أبو داود السنن "**حدود**" ٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢١٦/٥.

[2] أبو داود السنن "**أدب**" ٦٨؛ الترمذي السنن "**حدود**" ٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٠١/٦.



٥٧. ١ باب في مراتب الشهادة

قال: **والشهادة على مراتب. منها الشهادة في الزنا. يعتبر فيها أربعة من الرجال. ولا تقبل فيها شهادة النساء.**

لقوله تعالى ﴿ **والللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم** [٤٢٥/أ] **فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم** ﴾[1] صرح بالأربعة من الرجال. وعن الزهري أنّه قال مضت السُنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص. ولأنّ فيها شبهة البدلية من الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات.

قال: **ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص. تقبل فيها شهادة رجلين. ولا تقبل فيها شهادة النساء.**

لقوله تعالى ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم** ﴾[2] وإنّما لا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري.

قال: **وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحقّ مالاً أو غير مال كالنكاح والطلاق والوكالة والوصيّة.**

وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها. لأنّ الأصل عدم قبول شهادتهنّ لنقصان عقولهنّ ودينهنّ حتّى لا تقبل بدون الرجل. لكنّا تركناه في الأموال وتوابعها دفعاً للحرج الغالب فلا يلحق بها ما هو أعظم خطر أمتها. ولنا أن الأصل فيها القبول لاستكمال شرائطه. وهي المشاهدة والضبط والأداء حتّى تقبل أخبارهن في الأحاديث والأخبار والأثار والفتاوى والشرائع وزيادة

---

[1] النساء ١٥/٤

[2] البقرة ٢٨٢/٢

النسيان الخبر بضم الأخرى إليها بالنصّ فلم يبق إلا الشبهة. فلهذا لا تقبل فيما تندرئ الشبهات. وهذه الحقوق ثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهنّ.

قال: **وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة.**

لقوله ﷺ « **شهادةُ النساءِ جائزةٌ فيما لا يستطيعُ الرجالُ النظرَ إليه** »[1] والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقلّ. وهو حجّة على الشافعي في اشتراط الأربع. ولأنّه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر. لأنّ نظر الجنس إلى الجنس أخفّ فيسقط اعتبار العدد لهذا المعنى إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام. وقد مرّ شرح الولادة في الطلاق.

وأما حكم البكارة. فإن شهدت أنّها بكر يؤجل في العنين. ويفرق بعده. لأنّها تأيدت أصالة البكارة. وكذا في ردّ البيع إذا اشتراها بشرط البكارة. فإن قلن أنّها ثيب[2] يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن. والعيب ثبت بقولهن فيحلف البائع. وأما شهادتهنّ على استهلاك الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة في حقّ الإرث. لأنّه مما يطلع عليه الرجال إلا في حقّ الصلاة. لأنّها من أمور الدين. وعندهما تقبل في حقّ الإرث أيضاً. لأنّه صوت عند الولادة. ولا يحضرها الرجال فأشبه شهادتهنّ على نفس الولادة.

٥٧. ١. ١ فصل في العدالة

قال: **ولا بدّ في ذلك كلّه من العدالة ولفظة الشهادة. فإن لم يذكر لفظة الشهادة وقال "أعلم" أو "أتيقّن" لم تقبل شهادته.**

أما العدالة فلقوله تعالى ﴿ **ممن تَرضون من الشهداء** ﴾[3] وقوله تعالى ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾[4] ولأنّ العدالة هي المعينة [٤٢٥/ب] للصدق. وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروة تقبل شهادته. لأنّه لا يستأجر لوجاهته. ولا يكذب لمروته. والأوّل أصحّ إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصحّ عندنا وهي معروفة. وأما لفظة الشهادة فلورود الأوامر بهذه اللفظة كقوله تعالى ﴿ **وأشهدوا** ﴾[5] ﴿ **ولا تكتموا الشهادة** ﴾[6] ﴿ **وأقيموا الشهادة لله** ﴾[1] وقوله ﷺ « **إذا علمتَ مثلَ**

---

١ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٢٩/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

الشمسِ فاشهدْ وإلا فدعْ »[2] ولأنّ فيها زيادة توكيد. لأنّه من ألفاظ اليمين. وقول المصنّف في الكتاب في ذلك كلّه إشارة إلى جميع ما تقدم حتّى تشترط العدالة. ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها. وهو الأصحّ لما فيه من معنى الإلزام حتّى اختصّ بمجلس القضاء. ويشترط فيه الحرية والإسلام.

قال: **وقال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم إلا في الحدود والقصاص. فإنّه يسأل عن الشهود. فإن طعن الخصم فيهم سأل عنهم. وقال أبو يوسف ومحمد لا بدّ أن يسأل عنهم في السرّ والعلانية.**

ليبني قضاءه على الحجّة. وهي شهادة العدول وصوناً لقضائه عن البطلان. ولأبي حنيفة قوله ﷺ « **المسلمون عُدولٌ بعضُهم على بعضٍ إلا محدوداً في قذفٍ** »[3] وعن عمر رضي الله عنه مثله. ولأنّ الظاهر اجتنابه عنا لمحرّمات فيكتفي به عند تعذر القطع على حقيقته إلا في الحدود والقصاص لأنّه يحتال لدرأها فيشترط الاستقصاء فيها وبخلاف ما إذا طعن الخصم فيهم لأنّه يقابل الظاهران فيسأل عنهم ترجيحاً. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لأنّ أبا حنيفة أفتى بعد التهم في زمان شهد النبي ﷺ بعد التهم لقوله « **خير القرون قرني الّذي أنا فيهم ثمّ الذين يلونهم ثمّ الذين يلونهم ثمّ يفشو الكذب** »[4] وأفتى هو في القرن الثالث المشهود لهم بالخيرية. وهما أفتيا في القرن الّذي أخبر عن فشو الكذب فيه. والفتوى على قولهما في هذا الزمان. ثمّ التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى. ويرده المعدل كلّ ذلك في السرّ كيلا يظهر فيخدع أو يقصد. وفي العلانية لا بدّ أن يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره. وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأوّل. ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرّزاً عن الفتنة. وعن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة. والتعديل أن يقول لمعدل هو عدل جائز الشهادة. لأنّ العبد قد يعدل. وقيل يكتفي بقوله هو عدل. وهذا أصحّ لثبوت الخيرية بالدار. ط[5] التعديل قوله هذا عندي عدل مرضي[6] جائز الشهادة. وقوله لا أعلم فيه إلا خيراً جرح. والأظهر أنه تزكيته. وعن أبي يوسف العدل أن يكون مجتنباً عن الكبائر غير مصرّ على الصغائر. وعن ابن المبارك من يغلب حسناته على سيأته. هـ[7] وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لا يقبل قول الخصم أنّه عدل. لأنّ في زعم المدّعي أنّه كاذب في إنكاره. والكاذب لا يصلح معدلاً. وعنهما أنّه يجوز تزكيته. وموضوع المسألة إذا قال هم [٤٢٦/أ]

---

١ الطلاق ٢/٦٥

٢ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٠٤/٤؛ البيهقي **"شعب الإيمان"** ٤٥٥/٧ .

٣ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٣٢٥/٤؛ الدارقطني السنن ٢٠٦/٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ١٥٠/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ١٠٣/٤.

٤ مسلم الصحيح **"فضائل الصحابة"** ٥٢.

٥ ط : المحيط

٦ ف، ق : رضي

٧ ه : هداية

عدول لكنهم أخطأوا أو نسوا. أما إذا قال صدقوا فقد اعترف بالحق. وإذا كان رسول القاضي الّذي يسأل عن الشهود واحداً جاز. والإثنان أفضل عندهما. وقال محمد لا يجوز إلا اثنان. وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد. **ط**[1] وعن المدّعي والمدّعى عليه يجوز التزكية والترجمة والرسالة من الأعمى عند محمد. ويسأل الغريب عن معارفه والمسلم عن المشرك المزكي. فإن لم يعرفه فعن المزكين المشركين. **ه**[2] ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكى في السرّ حتّى صلح العبد مزكياً وفي تزكية العلانية. لا بدّ من أهلية الشهادة. والعدد على ما قاله الخصّاف لاختصاصها بمجلس القضاء. ويشترط الذكورة في تزكية الحدود والأربعة أيضاً في تزكية الزنا عند محمد.

---

[1] ط : المحيط
[2] ه : هداية



٥٧ . ٢ باب في ما يتحمله الشاهد

قال: **وما يتحمّله الشاهد على ضربين. منه ما ثبت حكمه لنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم. فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد وإن لم يشهد عليه.**

لأنه علم الموجب لإطلاق الشهادة. وهو الركن فيه. قال الله تعالى ﴿ **إلا من شهد بالحقّ وهم يعلمون** ﴾[1] وقال ﷺ « **إذا علمتَ مثلَ الشمسِ فاشهدْ وإلا فدعْ** »[2]

قال: **ويقول "أشهد أنّه باع" ولا يقول "أشهدني."**

لأنه كذب. **ه**[3] ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد. ولو فسر للقاضي لا يقبله. لأنّ النغمة[4] تشبه النغمة إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنّه ليس فيه أحد سواء ثمّ جلس على الباب. وليس[5] للبيت ملك غيره[6] فسمع إقرار الداخل ولا يراه. لأنّه جعل العلم في هذه الصورة. **جس**[7] **ظم**[8] وسع بعض مشايخنا في الشهادة على المرأة المتنقبة إذا عرفها الواحد كما في المزكي والمترجم. والإثنان أحوط. ثمّ إنما يحلّ أداء الشهادة إذا عرفها بعلامة رأها وقت التحمّل أو عرفها من يثق به. وبه أفتي في **شب**[9] وتابعه كثير من المتأخّرين. والأصحّ أنّه لا يصحّ تحميلها على المتنقبة. قال **ظم**[10] وبه نأخذ. وهذا كتحمل الشهادة من

---

[1] الجوهري الصحاح ٦٨٨/١.

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ١٠٤/٤؛ البيهقي "**شعب الإيمان**" ٤٥٥/٧ .

[3] ه : هداية

[4] ه : هداية

[5] ق : + فيه

[6] ق : – للبيت ملك غيره

[7] جس : أجناس الناطفي

[8] ظم : ظهير الدين المرغيناني

[9] شب : شرح بكر خواهر زاده

[10] ظم : ظهير الدين المرغيناني

وراء الجدار. وإنّه لا يصحّ إجماعاً. **صغر**[1] قال نصير كنت عند أبي سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن تعريف المرأة فقال لا يجوز عند أبي حنيفة حتّى يشهد جماعة أنّها فلانة. وكان أبو يوسف وأبوك يقولان جاز إذا شهد عنده عدلان به يُفتى. وعن ابن مقاتل سمع صوت امرأة من وراء حجاب وشهد عنده إثنان أنّها فلانة لا يجوز أن يشهد عليها. وقال الفقيه يجوز إن رأى شخصها. وإلاّ فلا. فاعتبر رؤية شخصها دون وجهها. وعن أبي بكر الإسكاف حسرت المتنقبة عن وجهها. وقالت أنا فلانة بنت فلان. وقد وهبت مهري لزوجي لا يحتاج إلى شهادة عدلين أنّها فلانة ما دامت حية. فإن ماتت يحتاج إليها. **فث**[2] ولو شهد بذلك أبوها أو ابنها أو من لا يقبل شهادته لها. وهو عدل تقبل شهادته [٤٢٦/ب] سواء كانت الشهادة لها أو عليها. لأنّه خبر محض. فلا يشترط فيه لفظة الشهادة. وقيل لا يجوز في الشهادة لها. **ط**[3] أشهد عبدين أو صغيرين أو كافرين في حقّ من الحقوق ثمّ عتقا أو بلغا أو أسلما فشهدا قُبلت شهادتهما. **جش**[4] وكذا لو أشهد عبده ثمّ عتق أو زوجته ثمّ أبانها.

قال: **ومنه مالا يثبت بحكمه بنفسه مثل الشهادة على الشاهد. فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده.**

لأن الشهادة لا يوجب الحكم بنفسها. وإنّما توجبه بالنقل إلى مجلس القضاء. فلا بدّ من الإنابة والتحميل و لم يوجد.

قال: **وكذلك لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد.**

لأنه حمل غيره لا إياه.

قال: **ولا يحلّ للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يدرك الشهادة عند أبي حنيفة.**

لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم.[5] وعندهما يحلّ له أن يشهد. وقيل هذا بالاتّفاق. وإنّما الاختلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه أو قضيته. لأنّ ما يكون في قمطره[6] فهو تحت ختمه

---

[1] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[2] فث : فتاوى أبي الليث

[3] ط : المحيط

[4] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

أعلم. بدائع

الجوهري الصحاح

.٥٦٠/١

يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم. ولا كذلك الشهادة في الصك. لأنّه في يد غيره. هـ[1] وعلى هذا إذا ذكر المجلس الّذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به إنا شهدنا نحن وأنت.[2]

[illegible]

وأنت. الهداية ٣/١٢٠.



٥٧ . ٣ باب في من لا تجوز شهادته

قال: **ولا تقبل شهادة الأعمى.**

وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة أنّه تقبل فيما يجري فيه التسامع. لأنّ الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه. وقال أبو يوسف والشافعي يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمّل لحصول العلم بالمعاينة. والأداء يختصّ بالقول ولا خلل فيه. والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت. ولنا أن الأداء يفتقر إلى التميّز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه. والأعمى لا يميز إلا بالنعمة. وفيها شبه يمكن الاحتراز عنها بجنس المشهود. والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص. ه[1] ولو عمى بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد. لأنّ قيام أهلية الشهادة وقت القضاء شرط الصيرورتها حجة عنده وصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو عابوا لانتهائها بالموت وبقائها عند الغيبة.

قال: **ولا المملوك.**

لأن الشهادة من باب الولاية. ولا ولاية له على نفسه فكيف على غيره.

قال: **ولا المحدود في قذف وإن تاب.**

لقوله تعالى ﴿ **ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً** ﴾[2] ولأنّه من تمام الحدّ فيبقى بعد التوبة كأصل الحدّ بخلاف المحدود في غير القذف. لأنّ الردّ للفسق وقد ارتفع بالتوبة. وقال الشافعي تقبل إذا تاب لقوله تعالى ﴿ **إلا الذين تابوا** ﴾[3] فلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه. فهو قوله تعالى ﴿ **وأولئك هم الفاسقون** ﴾[4] أو

---

[1] ه : هداية

[2] النور ٢٤/٤

[3] النور ٢٤/٥

[4] النور ٢٤/٤

هو استثناء [٤٢٧/أ] منقطع بمعنى لكن. جص[1] ولو حدّ الكافر ثمّ أسلم قبلت شهادته بخلاف العبد إذا حدّ ثمّ عتق. لأنّ ردّ الشهادة من تمام الحدّ وكان للكافر شهادة فردت. وإن لم تكن للعبد فترد بعد العتق.

قال: **ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده.**

والأصل فيه قوله ﷺ « **لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره** »[2] ولأنّ المنافع بينهم متصلة فيكون شهادة لنفسه من وجه أو يتمكّن فيه التهمة. هـ[3] والمراد بالأجير التلميذ الخاص الّذي يعد ضرر أستاذه ونفعه لنفسه. وقيل المراد الأجير مسانهة[4] أو مشاهرة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها.

قال: **ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر.**

لما مرّ خلافاً للشافعي. والحجّة عليه ما مرّ من الحديث والمعنى.

قال: **ولا شهادة المولى لعبده ولا لمكاتبه ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما.**

لأنه شهادة لنفسه من كلّ وجه أو من وجه.

قال: **وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه.**

لانعدام التتمة. لأنّ الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض.

قال: **ولا تقبل شهادة مخنث.**

ومراده المخنث في الأفعال الردية. لأنّه فاسق. فأما الّذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فتقبل شهادته.

قال: **ولا نائحة ولا مغنية.**

لإدمانهما[5] على المحرم فإنّه ﷺ « **نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمُغنّية** »[1]

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[2] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٣١/٤؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١٠٧/٤ .

[3] ه : هداية

[4] المسانهة وهي الأجل إلى سنة. تهذيب اللغة . الجوهري الصحاح ٣٢٦/١.

[5] أدمن الشيء أدامه. القاموس المحيط ١٥٤٤/١.

قال: **ولا مدمن الشرب على اللهو ولا من يلعب بالطنبور.**

لارتكابهما لمحرم وفي بعض النسخ بالطيور. لأنّه يورث غفلة. وقد يقف على عورات النساء لصعوده السطح للتطير.

قال: **ولا من يغني للناس.**

لجمعه الناس على أرتكاب الكبائر.

قال: **ولا من يأتي باباً من الكبائر الّتي يتعلّق بها الحدّ.**

للفسق.

قال: **ولا من يدخل الحمام بغير إزار أو يأكل الربا أو المقامر بالنرد والشطرنج.**

لأن ذلك من الكبائر. هـ[3] وكذلك كلّ من يفوته الصلاة بالاشتغال بهما. فأما مجرّد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة. لأنّ للاجتهاد فيه مشاعاً وبمجرّد اللعب بالنرد تسقط عدالته. وشرط في الأصل أن يكون أكل الربا مشهوراً به. لأنّ الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة. وكل ذلك ربا.

قال: **ولا من يفعل الأفعال المستخفّة كالبول على الطريق والأكل على الطريق.**

وفي بعض النسخ المستخفة. وفي بعضها المستحقرة. لأنّه تارك للمروة. [٤٢٧/ب] ومن لا يستحيي عن مثلها لا يمتنع من الكذب فيتهم.

قال: **ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف.**

لظهور فسقه بخلاف من يكتمه.

---

[1] الزيلعي **"نصب الراية"** [illegible]
شهادته. فتح القدير ٤١١/٧.

[3] هـ : هداية

قال: **وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية.**[1]

وقال الشافعي لا يقبل. لأنّه أغلظ وجوه الفسق. ولنا أنّه فسق من حيث الاعتقاد. وما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن شرب المثلث أو أكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً أكله. وأما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكلّ من حلف عندهم. وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكّن التهمة في شهادتهم.

قال: **وتقبل شهادة أهل الذمّة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم.**

وقال مالك والشافعي لا تقبل لأنّه كافر فاسق فيجب التوقف في خبره كالمرتدّ ولنا ما روي « **أنّه** ﷺ **أجاز شهادةَ النصارى بعضُهم على بعضٍ** »[2] ولأنّه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه. والفسق الاعتقادي غير مانع لما مرّ. ولأنّه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور لأديان كلّها بخلاف المرتدّ. لأنّه لا ولاية له وبخلاف الذمي على المسلم. لأنّه يقول عليه. لأنّه يغيظه قهره إياه وملل الكفر.وإن اختلفت فلا قهر بينهم فلا يحملهم الغيظ على التقول.

قال: **ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي.** هـ[3]

أراد به المستأمن. لأنّه لا ولاية له عليه. لأنّ الذمي من أهل دارنا وتبع لنا. وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم على الكافر. وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة. وإلاّ فلا. لأنّ اختلاف الدارين يقطع الولاية والتوارث.

قال: وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن أتى معصية.

المسلم. فتح القدير ٤١٦/٧.

[2] ابن ماجه السنن "**أحكام**" ٣٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ١١٠/٤.

[3] ه : هداية

وفي بعض النسخ وإن لم يأت بمعصية. ه[1] هذا هو الصحيح في حدّ العدالة المعتبرة. لأنّ في اشتراط اجتنابه الكلّ سد باب الشهادة وتضييع حقوق العباد فأقيم الغالب مقام الحقيقة. شح[2] من كان الغالب على حاله الصلاة والأمانة قبلت شهادته. فإن غلب عليه الفساد والخيانة لا تقبل. وهذا إذا كان لا يأتي بشيء من الكبائر. وإلاّ فلا. والكبائر ما توعد عليه الحدّ في[3] الدنيا والعقوبة في العقبى بنصّ الكتاب أو بالخبر المتواتر أو بالإجماع. واختلف في عددها. ط[4] عند أهل الحجاز والحديث الكبائر هي السبع المذكورة في الحديث المشهور. وهي الإشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل نفس بغير حقّ والزنى وشرب الخمر. وزاد بعضهم أكل الربا [٤٢٨/أ] وأكل مال اليتيم فصار تسعاً. وقيل ما حرم بعينه كبيرة ولغيره صغيرة. وقيل ما توعد به نار جهنم. شح[5] ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين. وكذا ما فيه نبذ المروة والكرم. وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليه. ط[6] وهو الأصحّ وأحسن ما قيل في صفة العدل ما روي عن أبي يوسف أنّه الّذي لا تأتي بالكبائر ولا يصير على الصغائر ويكون ستره أكثر من هتكه. وصوابه من خطأه ومروته ظاهرة. ويربأ بنفسه عن الكذب.[7] ويستعمل الصدق ديانة ومروة. ويجتنب الكذب ديانة ومروة. فهذه صفة العدل إن شاء الله تعالى. وقيل المروة[8] في الدين اجتناب الكبائر والإصرار على الصغائر. ولو ترك الصلاة في الجماعة استخفافاً أو مجانة ردت شهادته. لأنّه فسق. قيل لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء. لأنّه كفر بل أراد به التهاون والكسل. وبه يفسق. هذا إذا تركها من غير تأويل. والتأويل أن يكون الإمام طامعاً أو يؤخر الأداء. وهو لعقدة في أول الوقت والذي يعرف بالكذب الفاحش لا تقبل شهادته. أما الّذي يبتلى به أحياناً قبلت. وفي كسب شح[9] من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر. شص[10] الكذب من أعظم الكبائر ه[11] من اعتاد شتم مماليكه وأولاده بطلت عدالته. وإن كان أحياناً قبلت. وعن خلف من خرج للنظر عند قدوم الأمير لا تقبل شهادته. وعن

---

١ ه : هداية
٢ شح : شمس الأئمة الحلواني
٣ ف : من
٤ ط : المحيط
٥ شح : شمس الأئمة الحلواني

: شمس الأئمة الحلواني
١٠ شص : شرح الصباغي
١١ ه : هداية

شدّاد أنّه ردّ شهادة شيخ معروف بالصلاح بمحاسبته ابنه في النفقة في طريق مكّة الفاسق إذا تاب قبلت. ولكن لا يتبين توبته إلى ستّة أشهر. وقيل إلى سنة سئل الفضلي عمن صحب غيره في الحضر والسفر شهراً أو لم ير منه إلا العفاف والصلاح والخير هل له أن يزكيه للشهادة؟ قال روى عن أبي يوسف أنّه قال لا ما لم يصحبه ستّة أشهر[1] ثمّ رجع ووقت سنة. وعن محمد لا يسعه ما لم يمتحنه في العقود ويرى منه الأمانة. قال القاضي لا يكفيه ذلك ما لم يمتحنه في كلّ الأمانات والصدق مراراً. ولو عرف عدالته ثمّ انقطع عنه إن لم يتطاول الوقت وسعه أن يزكيه بتلك المعروفة. وإلاّ فلا. ومدة التطاول ستّة أشهر. وقيل سنة. **م**[2] من وقت في التزكية فمخطئ. وهذا على ما يقع في القلب ربما يعرف في شهر والآخر لا يعرف في سنة. لأنّه يرائي ويتصنع.[3] **ظم**[4] قيل من سمع الأذان وانتظر الإقامة سقطت عدالته عن أبي القاسم الصفّار أخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهوداً. فلو شهدوا حلّ لهم اللعن. لأنّهم شهدوا بباطل. وكذلك لو شهدوا على إقراره بذلك. وهكذا في كلّ إقرار هو بناء على باطل.

قال: **وتقبل شهادة الأقلف [٤٢٨/ب] والخصي وولد الزنى.**

لأن ترك القُلفَة لا يخل بالدين إلا إذا تركها استخفافاً فيفسق. وأما الخصي فلأن عمر ﵁ قبل شهادة علقمة الخصي.[5] ولأنّ بقطع العضو منه ظلماً لا يسقط عدالته كقطع اليد. وأما ولد الزنا فلأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما. وقال مالك لا تقبل في الزنا. لأنّه يجب أن يكون غيره مثله. قلنا عدالته تمنع ذلك.

قال: **وشهادة الخنثى جائزة.**

لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص. قلت لكن شهادة المشكل من الخنثى بمنزلة شهادة الأنثى. **جص**[6] وشهادة العمال جائزة. أراد به عمال السلطان عند عامّة المشايخ. لأنّ نفس العمل

---

[1] ف : – ستة أشهر

[2] م : المنتقى للحاكم الشهيد

ظهير الدين المرغيناني

مقبولة. بدائع الصنائع ٦/٢٦٩.

[6] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم. وقيل إنما تقبل إذا كان وجيهاً ذا مروة. مح[1] وأما شهادة الفاسق أن يجري القاضي الصدق في شهادته تقبل. وإلاّ فلا. وعند الشافعي لا تقبل أصلاً.

[1] مح : محسن صاحب التجريد



٥٧ . ٤ باب الشهادة في الدعوى

قال: **وإذا وافقت الشهادة الدعوى قبلت. وإن خالفتها لم تقبل.**

لأنها متى وافقتها أمكن إثبات الدعوى بها بالأخبار عنها. وما لا فلا.

قال: **ويعتبر اتّفاق الشاهدين في اللفظ.**

والمعنى عند أبي حنيفة فإن شهدا أحدهما بألف والأخر بألفين لم تقبل الشهادة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي قبلت إذا كان المدّعي يدّعي الألفين. وعلى هذه المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث. لأنهما اتّفقا على الأقلّ دون الأكثر. فيثبت ما اتّفقا عليه وصار كالألف والألف والخمسمائة. ولأبي حنيفة أن اللفظ قالب المعنى فاتّفاق اللفظ يدلّ على اتّفاق المعنى. والاختلاف على الاختلاف. والألف والألفان جُملتان متباينتان. وقد قام على كلّ واحد منهما شاهد واحد. وصار كما إذا اختلف جنس المال.

قال: **فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدّعي يدّعي ألفاً وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف.**

لاتّفاقهما على الألف لفظاً ومعنى. لأنّه عطف الزيادة على الأصل بواو العطف. وإنّه يقرّر الأوّل. ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر. لأنّه ليس بينهما واو العطف.[1] ه[2] وإن قال المدّعي لم يكن إلا ألفاً فشهادة الزيادة باطلة. لأنّ المدّعي كذبه فيما شهد به. وكذا إذا سكت عن دعوى الزيادة. ولو قال "كان أصل حقي ألفاً وخمسمائة لكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها" قبلت لتوفيقه.

---

[1] ف : – وإنّه يقرّر الأوّل. ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر. لأنّه ليس بينهما واو العطف

[2] ه : هداية

قال: **وإن شهدا بألف وقال أحدهما "قضاه منها خمسمائة" قبلت شهادته بألف. ولم يسمع قوله أنّه قضاه [٤٢٩/أ] إلا أن يشهد به الآخر.**

وفي بعض النسخ إلا أن يشهد معه آخر. وعن أبي يوسف أنّه يقضي بخمسمائة. لأنّ شهادة القضاء تفيد أن لا دين عليه سوى خمسمائة. ولنا أنهما اتّفقا على الألف فقبلت ويفرد أحدهما بالقضاء فلا تقبل.

قال: **وينبغي للشاهد إذا علم ذلك أن لا يشهد بالألف حتّى يقر المدّعي أنّه قبض خمسمائة**

حتّى لا يصير معيناً على الظلم. **جص**[1] شهدا بقرض ألف درهم وشهد أحدهما أنّه قد قضاها فالشهادة على القرض جائزة لما مرّ. وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنّه لا تقبل. وهو قول زفر. لأنّ المدّعي أكذب شاهد القضاء. ولنا ما بيّنّا أنّه إكذاب في غير المشهود به الأوّل فلا يمنع القبول. **قخ**[2] ولو اختلف الشاهدان في الوقت والمكان والعبارة مع استواء العبارتين في المعنى إن كان ذلك في الإقرار قبلت شهادتهما. لأنّه لا يوجب اختلاف الشهادة. وإن كان ذلك في الفعل من الغصب والقتل والقطع وإنشاء البيع والطلاق ونحوها. فإنّه يوجب اختلاف الشهادة فلا تقبل.

قال: **ولو شهد شاهدان أن زيداً قتل يوم النحر بمكة وشهد أخران أنّه قتل يوم النحر بكوفة. واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين.**

لأن أحدهما كاذبه بيقين وليست إحديهما بأولى من الأخرى.

قال: **فإن سبقت إحديهما وقضى بها ثمّ حضرت الأخرى لم تقبل.**

لأن الأولى ترجحت باتّصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية. **ه**[3] **جص**[4] وإذا شهدا على رجل أنّه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع. وإن قال إحديهما "بقرة" وقال الآخر "ثور" لم يقطع لإمكان التوفيق في الأوّل دون الثاني. وقالا لا يقطع في الوجهين كالغصب. **ه**[5] وقيل الاختلاف وفي لونين يتشابهان كالحمرة والسواد لا في السواد والبياض. وقيل الاختلاف في جميع الألوان. ولو اختلف الشاهدان في المقدار في البيع أو الكتابة أو الخلع أو الإعتاق على مال والصلح عن دم العمد لا تقبل إذا كان المدّعي هو المرأة والعبد والقاتل. وكذا في الرهن إن كان المدّعي هو الراهن. وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين. والإجارة

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[2] قخ : قاضي خان
[3] ه : هداية
[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[5] ه : هداية

في أول المدّة نظير البيع وبعد مضيها بمنزلة دعوى الدين إذا كان المدّعي هو الأخر. فأما النكاح فإنّه يجوز بألف استحساناً. وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح أيضاً ثمّ إذا وقع الاختلاف في[1] البيع يقضي[2] بالأقل لاتّفاقهما عليه. ويستوي دعوى أقلّ المالين أو أكثرهما في الصحيح. ثمّ قيل الاختلاف [٤٢٩/ب] وفي النكاح إذا كانت المرأة هي المدّعية. لأنّ مقصودها المال وفيما إذا كان المدّعي هو الزوج إجماع على أنّه لا تقبل. وقيل الخلاف فيهما. وهذا أصحّ.

قال: **ولا يقبل القاضي الشهادة على الجرح ولا يحكم بذلك.**

لأن الفسق لا يدخل تحت الحكم. لأنّ له أن يدفعه بالتوبة. فلا يتحقّق الإلزام. ولأنّ فيه هتك الستر والستر واجب والإشاعة حرام. وإنّما يرخص ضرورة أحياء الحقوق. وذلك فيما يدخل تحت الحكم. ه[3] ولو شهدوا على إقرار المدّعي بذلك تقبل. لأنّ الإقرار مما يدخل تحت الحكم. ولو شهدوا أن المدّعي استأجر الشهود لم تقبل. ولو قال الخصم استأجرهم بعشرة وأعطاها من مالي تقبل. لأنّه يدخل تحت الحكم. وكذا لو أقامها إني صالحت الشهود على عشرة ودفعتها إليهم على أن لا يشهدوا عليّ بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد المال. ولهذا قلنا لو أقام البيّنة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمراً أو كاذب أو شريك المدّعي لم تقبل. ومن شهد فلم يبرح حتّى قال أخطأت فنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة. فإن كان عدلاً جازت شهادته. لأنّه بمنزلة كلام واحد لاتّحاد المجلس حتّى لو قام ثمّ عاد لا تقبل. وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب. وهذا في موضع الشبهة. فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلاً مثل أن يدع لفظة الشهادة ونحوها. وإن قام عن المجلس وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً. والظاهر ما ذكرناه.

٥٧. ٤. ١ فصل في شهادة النسب والموت والنكاح والدخول

قال: **ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي. فإنّه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به.**

والقياس أن لا يجوز. لأنّ الشهادة مشتقّة من المشاهدة و لم يحصل وصار كالبيع. وجه الاستحسان أن هذه أمور يختصّ بمشاهدة أسبابها الخواص من الناس. ويتعلّق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون والأعصار. فلو لم تقبل فيها الشهادة على التسامع لأدى[4] إلى الجرح وتعطيل الأحكام بخلاف البيع ونحوه.

---

[1] ف : - في
[2] ق : يقتضي
[3] ه : هداية
[4] ف، ق : أدى

لأنّه يحضره كلّ أحد. وإنّما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار. وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به. هـ[1] ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم. وقيل يكتفي بإخبار واحد أو واحدة في الموت [٤٣٠/أ] لمهابة الناس منه. وينبغي أن يطلق أداء الشهادة. أما إذا فسر للقاضي أنّه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كمعاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة ثمّ إذا فسر لا تقبل كذا هذا. ولو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حلّ له أن يشهد على كونه قاضياً. وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً أو ينبسطان انبساط الأزواج كما إذا رأى عيناً في يد غيره.[2] ومن شهد أنّه شهد دفن فلان أو صلّى على جنازته فهو معاينة حتّى لو فسره للقاضي قبلها. وعن أبي يوسف أنّه يجوز في الولاء. لأنّه بمنزلة النسب. وعن محمد أنّه يجوز في الوقف. لأنّه تبقى على ما مرّ الأعصار. لكنّا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك فلا بدّ[3] من المعاينة. فأما الوقف فالصحيح أنّه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه. جش[4] م[5] إذا شهد عندك رجل وامرأتان على العتق وسعك أن يشهد على العتق عندهما خلافاً لأبي حنيفة. شس[6] الشهادة على العتق بالتسامع غير جائز بالإجماع. إنما الخلاف في الولاء. شح[7] الخلاف ثابت فيهما. جت[8] ويجوز الشهادة على المهر بالتسامع كالنكاح. وروى أنّه يشهد بالنكاح المشهور ولا يشهد بالمهر. ط[9] تقبل الشهادة على أصل الوقف بالشهرة وعلى شرائط أيضاً هو المختار. وتقبل الشهادة على الشهادة في الوقف.[10] صغر[11] شهدا فيما يصحّ بالشهرة. وقالوا لم يعاين. ولكن اشتهر عندنا تقبل. ولو قالوا لأنّا سمعنا من الناس لا تقبل. ولو ورد خبر موته فصنع ورثته ما يصنع بالموتى فعاين إنسان ذلك لا يسعه أن يشهد بموته. ع[12] ولو أخبرها واحد بموته أو ردته أو بالطلاق وسمع منه اثنان حال لهما أن يشهدا.

الخصومات

: جمع شرف الأمة الاسفندري

٥ م : المنتقى للحاكم الشهيد

٦ شس : شرح السرخسي

٧ شح : شمس الأئمة الحلواني

٨ جت : جمع التفاريق للبقالي

٩ ط : المحيط

١٠ ف : – وتقبل الشهادة على الشهادة في الوقف

١١ صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

١٢ ع : عيون المسائل للسمرقندي

وصورة الدخول إذا رآه تزوّج امرأة وكان يدخل عليها وولد لها ولد وسعه أن يشهد بالدخول. **جت**[1] عن أبي حنيفة إن شهد عنده عدلان أنّه ابن فلان لم يشهد حتّى وقع في قلبه ذلك. وعند أبي يوسف يشهد. **ص**[2] مثله **م**[3] إذا رأت رجلاً يقول أنا فلان بن فلان لم يسعك أن يشهد على ذلك حتّى تسمع من العامة ذلك. **جص**[4] **ه**[5] ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن يشهد أنّه له. لأنّ اليد أقصى ما يستدلّ به على الملك. لأنّها مرجع الدلالة في الأسباب كلّها فيكتفي بها. وشرط أبو يوسف معه أن يقع في قلبه أنّه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسير إطلاق [٤٣٠/ب] محمد في الرواية. وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرّف. وبه بعض مشايخنا. لأنّ اليد متنوعة إلى أمانة وملك قلنا والتصرّف أيضاً يتنوع إلى نيابة وأصالة. ثمّ إن عاين المالك والملك حلّ له أن يشهد. وكذا إذا عاين الملك بحدوده وإن المالك استحساناً. لأنّ النسب تثبت بالتسامع. وإن لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحلّ. وأما العبد والأمة إن كان يعرف أنهما رقيقان ولا يعرف. لكنهما صغيران لا[6] يعبران عن أنفسهما فكذلك. لأنّه لا يد لهما. وإن كانا كبيرين فكذلك مصرف الاستثناء. لأنّ لهما يداً على نفسهما فيدفع يد الغير عليهما. وعن أبي حنيفة أنّه يحلّ له الشهادة فيهما اعتباراً بالثوب. **جت**[7] رأى شيئاً في يد إنسان له أن يشهد له إذا وقع في قلبه ذلك. فإن أخبره عدلان أنّه لأخر لم يشهد. وكذلك إذا أخبره واحد ووقع في قلبه أنّه صادق. وكذلك ما شهد به على السماع. فأما إذا عاين من قبل أو نكاح[8] فلا يمتنع بشهادة الواحد بطلاق أو عفو. وقيل إذا رأه يشتري شيئاً لم يشهد بأنه له. وإنّما يشهد بالشرى. ولو شاهد إقراراً بمال فشهد عنده عدلان بأن ذلك وهبه له فهو في سعة من الشهادة وتركها. وعن محمد أنّه لا يمنع الشهادة بقول عدلين بالقبض والطلاق. ويجوز زيادة الشاهد في الشهادة قبل القضاء وبعده إن قال أوهمت. وكذلك إن لم يبرح حتّى قال أوهمت بعض شهادتي. وإذا شهد بقضاء الدين وقالا نحن وزناها جاز إذا تصادقا أنّه كان حاضراً كما لو قال خذها فقال لرجل ناولنيها.[9] وكذلك شهادة قاسمي القاضي أنهما دفعا خلاف أبي يوسف وابن

---

[1] جت : جمع التفاريق للبقالي
[2] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[3] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[5] ه : هداية
[6] ف : - لا
[7] جت : جمع التفاريق للبقالي
[8] ف : + قال
[9] ق : + جازت شهادته

أبي ليلى.[1] وكذلك ابناهما. وعن أبي حنيفة مثله. **جش**[2] بنفس عقد البيع لا يستدلّ على ثبوت الملك. واحتيج في إثبات ملك أحد المتعاقدين إلى إحدى معان ثلاثة أحدهما قول الشهود أنّه كان ملك البائع إلى أنّه باعه منه. والثاني أنّه ملك لهذا المشتري اشتراه من فلان. والثالث أنّه اشتراه من فلان وقبضه منه. فأما إذا شهدوا بالشرى ونقد الثمن. فإنّه لا يدلّ على ملكه. قال أستاذنا الإمام الزاهد البارع المحقّق نجم الملة والدين طاهر الحفصي برضوانه الصحيح عندي أن يقول الشاهد باعه منه ويملكه. وقد اشتراه هو لنفسه منه وقبضه ليرتفع احتمال الوكالة. قلت وهذا حسن. لكنّه يشكل بيع الوكيل والوصي والقاضي. فإنّه يفيد الملك للمشتري مع عدم الملك لهم وقبض المشتري في الشراء ليس بشرط لثبوت الملك في شرى الأعيان فاستغنى عن ذكر القبض. **بخ**[3] كتب صكاً بخط يده إقراراً بمال أو وصيّة ثمّ قال لآخر أشهد عليه من غير أن يقرأ عليه وسعك أن يشهد عليه.[4] **شب**[5] الناس أحراراً إلا [٤٣١/أ] في أربعة العقل والحدود والقصاص والشهادة **نم**[6] تحمل الشهادة على الملك بسبب. فالأصح أنّه لا يسعه أن يشهد بالملك المطلق.

---

[1] [illegible]

[2] [illegible] : جمع شرف الأمة الاسفندري

[3] بخ : بكر خواهر زاده

[4] ق : – عليه

[5] شب : شرح بكر خواهر زاده

[6] نم : نوري الأئمّة منصوراني



٥٧ .٥ باب الشهادة على الشهادة

قال: **والشهادة على الشهادة جائزة في كلّ حقّ لا يسقط بالشبهة. ولا تقبل في الحدود والقصاص.**

وهذا استحسان لشدّة الحاجة إليها. لأنّه قد يعجز الأصل لبعض العوارض فلو لم يجز أدى إلى تضيع حقوق العباد.[١] هـ[٢] ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت. لكن فيها شبهة البدلية وزيادة احتمال الخطأ والكذب فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص.

قال: **وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين.**

وقال الشافعي لا يجوز إلا الأربعة على كلّ أصل اثنان لقيام الاثنين مقام الواحد كالمرأتين. ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين. وقد تحقّقت وصار كما إذا شهدا بحقّ ثمّ شهدا بحقّ آخر.

قال: **ولا تقبل شهادة واحدة على شهادة واحد.**

خلافاً لمالك لما روينا. وهو حجّة عليه. ولأنّه حقّ فلا بدّ فيه من نصاب الشهادة.

٥٧ .٥ .١ فصل في صفة الإشهاد

قال: **وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع "أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندي بكذا وأشهدني على نفسه" وإن لم يقل "أشهدني على نفسه" جاز.**

---

[١] [illegible] كذلك. العناية ١٣/١١.

[٢] هـ : هداية

لأن الفرع كالنائب عنه فلا بدّ من التحميل والتوكيل. ولا بدّ أن يشهد كما يشهد عند القاضي لنقله إلى مجلس القضاء. وإشهاد المقرّ على نفسه مستغني عنه إجماعاً.

قال: **ويقول شاهد الفرع عند الأداء "أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أنّه يشهد أن فلاناً أقرّ عندي بكذا" وقال "لي اشهد على شهادتي بذلك."**

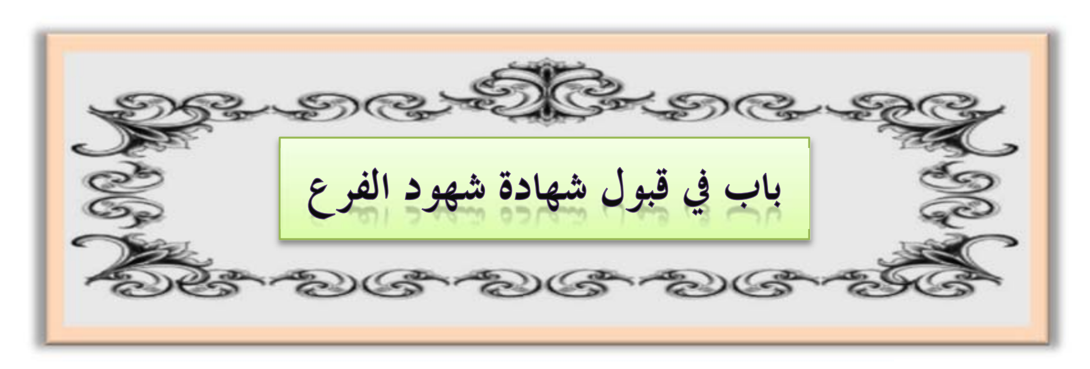
لأنه لا بدّ من شهادته وذكر شهادة الأصل وذكر ا لتحميل. ولها لفظ أطول من هذا أو أقصر. و« **خير الأمور أوساطها** »[1] قلت لا بدّ من ثلاث شينات في التحميل وخمس شينات في الأداء.[2] وذكرها المصنّف ستاً وترك صاحب الهداية وغيره قوله أنّه يشهد لوقوع الاكتفاء بقوله أشهدني على شهادته أن فلان بن فلان أقرّ عندي[3] بكذا. وهو الأصحّ.

---

[1] البيهقي السنن الكبري ٢٧٣/٣، شعب الإيمان ١٦٩/٥؛ ابن أبي شيبة المصنف

[2] التحميل. فتح القدير ٤٦٦/٧.

[3] ق : عنده



٥٧. ٦ باب في قبول شهادة شهود الفرع

قال: **ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو تغيبوا مسيرة ثلاثة أيّام فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس القاضي.**

لأن جوازها للحاجة. وإنّما يمسّ الحاجة عند عجز الأصل. وبهذه الأشياء يتحقّق العجز. وإنّما اعتبر السفر. لأنّ المعجز بعد المسافة والمناط هو مدّة السفر كما في [٤٣١/ب] سائر الأحكام المرتّبة المدارة[1] عليها. وعن أبي يوسف أنّه إذا كان في مصر[2] لو غدّا الأداء الشهادة لا يستطيع أن يثبت في أهله صحّ الإشهاد إحياء لحقوق الناس.[3] والأوّل أحسن والثاني أوفق. وبه أخذ أبو الليث. جش[4] م[5] قال محمد أقبل الشهادة على الشهادة. والأصل في المصر من غير مرض ولا علّة. شس[6] عس[7] إنه عندهما يجوز. وعند أبي حنيفة لا يجوز. وإذا أراد الأصول السفر يكتب الفروع أسماءهم وأسماء آبائهم وأجدادهم.

قال: **فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز.**

لأنه من أهل التزكية. ه[8] وكذا لو شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر جاز.

قال: **وإن سكتوا عن تعديلهم جاز. وينظر القاضي في حالهم. وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد لا تقبل.**

---

[3] ... الشهادة. البحر الرائق ٧/٤.

[4] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[6] شس : شرح السرخسي

[7] عس : علي السغدي

[8] ه : هداية

لأنه لا شهادة إلا بالعدالة.

قال: **وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لا تقبل شهادة شهود الفرع.**[1]

لأن التحميل شرط. ولم يثبت للتعارض بين الخبرين. هـ[2] ولو شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية. وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها بعينها. يقال للمدعي هات شاهدين أنّها فلانة. لأنهما شهدا على المعرفة بالنسبة ولعل الحاضرة غيرها. فلا بدّ من تعريفها بتلك النسبة. ونظيره تحملوا الشهادة ببيع محدود يذكر حدوده. وشهدوا على المشتري لا بدّ من أخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدّعى عليه. وكذا إذا أنكر المدّعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده. ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتّى ينسبوها إلى فخذها. وهي القبيلة الخاصّة. قيل الفرغانية يشبه عامّة والأوزجندية خاصّة. وقيل السمرقندية والبخارية عامّة. وقيل إلى السكة الصغيرة خاصّة وإلى الكبيرة والمصر عامّة. ثمّ التعريف وإن كان يتم الجدّ عندهما خلافاً لأبي يوسف فذكر الفخذ يقوم مقام الجد.

---

[1] ق : الفروع

[2] ه : هداية



٥٧ . ٧ باب في شهادة الزور

قال: **وقال أبو حنيفة في شاهد الزور "أشهّره في السوق ولا أعزّره." وقالا "نوجعه ضرباً ونحبسه."**

وبه الشافعي لما روي أن عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخّم وجهه. ولأنّها كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد فيعزر. ولأبي حنيفة أن شريحاً كان يشهره ولا يضربه. ولأنّ الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به. ولأنّ المبالغة في الزجر يمنعه من الرجوع فوجب التخفيف. وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسويد. ثمّ تفسير التشهير نُقل عن شريح. فإنّه كان يبعثه إلى سوقه وإلى قومه في غيره بعد العصر أجمع ما كانوا. [٤٣٢/أ] ويقول إن شريحاً يقرأكم السلام. ويقول "إناّ أخذنا هذا شاهد زور فاحذروه" وحذروه الناس. **شس**[1] إنّه يشتهر عندهما أيضاً. والتعزير والحبس على ما يراه القاضي. **جص**[2] شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور ولم يضربا. وقالا يعزران. وفائدته أنّه لا طريق إلى إثباته بالبيّنة. لأنّه نفى. والبيّنة شرعت للإثبات.[3]

---

[1] شس : شرح السرخسي

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] ق : + والله أعلم بالصواب



٥٨ كتاب الرجوع في الشهادات



قال:[1] **إذا رجع الشهود[2] عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت.**

لأنه متناقض. والقاضي لا يقضي بكلام متناقض. ولا ضمان عليهما. لأنهما ما أتلفا شيئاً على أحد.

قال: **وإن حكم بشهادتهما ثمّ رجعوا لم يفسخ الحاكم الحكم.**

لأن آخر كلامهم يناقض أوّله وأوّله آخره فلا ينقض الحكم بالمتناقض على أن الأوّل أقوى لاتّصال القضاء به كالمجتهدات.

وقال: **ووجب عليهم ضمان ما أتلفوا بشهادتهم.**

لأنهم أقرّوا على أنفسهم بسبب الضمان. والتناقض لا يمنع صحّة الإقرار.

قال: **ولا يصحّ الرجوع إلا بحضرة الحاكم.**

خطأ. فتح القد

المستصفى. الجوهرة النيرة ٥/٤٨٣.

لأنه فسخ للشهادة فيختصّ بمجلس القضاء أي قاض كان كالشهادة. ولأنّه توبة. والتوبة بحسب الجناية « **السرّ بالسر والإعلان بالإعلان** »[1] وإذا لم يصحّ الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادّعى المشهود عليه رجوعهما وطلب يمينهما لا يحلفان. وكذا لا تقبل بيّنته عليهما. لأنّه ادّعى رجوعاً باطلاً حتّى لو أقام البيّنة أنّه رجع عند قاضٍ. كذا وضمنه المال يقبل لصحّة الدعوى.

قال: **وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثمّ رجعا ضمنا المال للمشهود عليه.**

لوجود التسبّب منهما بصفة التعدّي كحافر البئر. وقال الشافعي لا يضمنان. لأنّه لا عبرة للتسبيب عند المباشرة. قلنا لما تعذر إيجاب الضمان على المباشر. وهو القاضي لأنّه كالملجأ إلى القضاء. وفي إيجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء والمدّعي أيضاً. لأنّ الحكم ماض فالتحق المباشرة بالعدم. فأضيف إلى التسبيب. وإنّما يضمنان إذا قبض المدّعي المال عيناً كان أو ديناً. لأنّ الإتلاف إنما يتحقّق بالقبض. ولأنّه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين.

قال: **فإن رجع أحدهما ضمن النصف.**

لإتلافه ذلك.

قال: **فإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه.**

لأنه بقى من يبقى بشهادته كلّ الحقّ. لأنّ الاستحقاق باق بالحجّة. والمتلف متى استحقّ سقط الضمان. فأولى أن يمنع الضمان.

قال: **فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحقّ.**[2]

لأنّه لما بقى أحدهم بقى ببقائه نصف الحقّ. لأنّ المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع.

قال: **وإن شهد رجل [٤٣٢/ب] وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق. وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق.**

لما مرّ.

قال: **وإن شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان فلا ضمان عليهن.**

لأنه بقى من يبقى بشهادته كلّ الحق.

---

[1] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٧٨/٧.

[2] ف : المال

قال: **فإن رجعت أخرى كان عليهنّ ربع الحق.**

لأنه بقي النصف ببقاء الرجل والربع ببقاء المرأة.

قال: **وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحقّ وعلى النسوة خمسة أسداس الحقّ عند أبي حنيفة. وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف.**

لأنهنّ وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد. ولأبي حنيفة أن كلّ امرأتين قامت مقام رجل واحد. قال ﷺ في بيان نقصان عقلهنّ « **عُدِلَتْ شهادةُ اثنتين منهن بشهادة رجل واحد** »[1] فصار كما إذا شهد ستّة رجال ثمّ رجعوا. فإن رجعت النسوة العشرون الرجل عليهنّ نصف الحقّ على القولين لما مرّ. هـ[2] ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثمّ رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة. لأنّ الواحدة ليست بشاهدة. بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم.

قال: **وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهرها ثمّ رجعا فلا ضمان عليهما. وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها.**

لأنهما وإن أتلفا عليها منافع لكن أخلفاها مهر المثل.

قال: **وكذلك إن شهدا على رجل يتزوّج امرأة بمقدار مهر مثلها.**

لأنّه إتلاف بعوض. لأنّ منافع البضع متقوّمة حال الدخول في الملك. والإتلاف بعوض يعادله كلا إتلاف.

قال: **وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثمّ رجعا ضمنا الزيادة.**

لأنها إتلاف بغير عوض.

قال: **وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثمّ رجعا لم يضمنا.**

لأنه ليس بإتلاف معنى لحصول العوض المساوي.

قال: **وإن كان بأقل من القيمة ضمنا لنقصان.**

لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض. وسواء كان البيع باتاً أو فيه خيار. لأنّ السبب هو السابق فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار فيضاف التلف إليهم.

---

[1] مسلم الصحيح "**إيمان**" ١٣٢؛ ابن ماجه السنن "**فتن**" ١٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/١١٨.

[2] ه : هداية

قال: **وإن شهدا على رجل أنّه طلق امرأته قبل الدخول ثمّ رجعا ضمنا نصف المهر.**

لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط. ألا يرى أنّها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً. ولأنّ الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر. ثمّ يجب نصف المهر ابتداء. لأنّ المهر تأكد بالدخول.

قال: **وإن شهدا أنّه أعتق عبده ثمّ رجعا ضمنا قيمته.**

لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض. والولاء للمعتق. لأنّ العتق لا يتحول إليهما بالضمان فلا يتحول الولاء.

قال: **وإذا شهدا بقصاص ثمّ رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص [٤٣٣/أ] منهم.**

وقال الشافعي يقتصّ منهم لوجود القتل تسبيباً فأشبه المكره وبل أولى. لأنّ الولي يعان والمكره يُمنع. ولنا أن القتل لم يوجد منهم مباشرة قطعاً ولا تسبيباً ظاهراً. لأنّ العفو مندوب إليه بخلاف المكره. لأنّه يؤثر حياته ظاهراً. ولأنّ فعل الولي الاختياري يقطع النسبة. فإن لم ينقطع لا أقلّ من أن يثبت الشبهة. وهي دارئة للقصاص بخلاف المال. لأنّه ثبت مع الشبهات.

قال: **وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا.**

لأنه وجد منهم الشهادة في مجلس القضاء فكان التلف مضافاً إليهم.

قال: **وإن رجع شهود الأصل وقالوا "لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا" فلا ضمان عليهم.**

لأنهم أنكروا السبب. وهو الإشهاد. ولا يبطل القضاء. لأنّه خبر محتمل. فأشبه رجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء.

قال: **وإن قالوا "أشهدناهم وغلطنا" ضمنوا.**

وهذا عند محمد. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم. لأنّ القضاء وقع بشهادة الفروع لمعاينة القاضي إياهم دون الأصول. وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا. ولو رجع الأصل والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير. وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول لما مرّ. وإن شاء ضمن الفروع لما ذكراه. والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين.

قال: **وإن قال شهود الفرع "كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم" لم يلتفت إلى ذلك.**

لأن القضاء ماضٍ فلا ينقض لقولهم. ولا يجب الضمان عليهم. لأنّهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

قال: **وإذا شهد أربعة بالزنى وشاهدان بالإحصان ثمّ رجع شهود الإحصان لم يضمنوا.**[1]

خلاف زفر كشهود التزكية. فإنهم أثبتوا شرطاً في معنى العلّة. ولنا أنهم أثنوا عليه خصالاً حميدة مانعة من الزنى والحد فلم يجب الضمان عليهم.

قال: **وإذا رجع المذكور عن التزكية ضمنوا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمنون.**

لأنهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة. لأنّ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت في معنى علّة. العلّة بخلاف شهود الإحصان. لأنّه شرط محض.

قال: **وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط[2] فالضمان على شهود اليمين خاصة.**

لأن اليمين هو السبب. والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض. ولو رجع شهود الشرط وحدهم أختلف المشايخ فيه.

---

[1] يحدون. المبسوط ١٠٣/٩.

[2] ف : + ثم رجعوا



٥٩ كتاب أدب القاضي



[٤٣٣/ب] اعلم[1] أن القضاء في اللغة يستعمل لمعاني مختلفة.[2] قال ابن قتيبة[1] في مشكل القرآن القضاء يعبر به عن معان مختلفة يعود كلّها إلى معنى واحد. وأصله الحتم والفراغ من الأمر. وبه يجري ألفاظ القضاء في القرآن. شق[2]

يأثموا. فتح القدير

عنه. المبسوط ١٦/٥٩.

والمراد به في الشرع الإلزام. وثبت شرعيته بالكتاب والسُنة وإجماع الأمّة. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴾[3] جاء في التفسير. والله أعلم أنهم الولاة والحكام. وأما السُنة فتولية النبي ﷺ كثيراً من أصحابه القضاء في بلاد كثيرة وأزمنة مختلفة حتّى بلغ حدّ التواتر. وأما إجماع الأمّة فلأن المسلمين من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا هذا لا يخلون زماناً ولا مكاناً عن تولية الولاة والحكام. وإنّه من العبادات العظيمة. وإنّه فرض على الكفاية. لأنّه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. إذا عرفنا هذا فلا بدّ من صفة القاضي وشرائطه وآدابه.

، والمعارف وكتاب

والاشتقاق ومشكل القرآن والمشتبه من الحديث والقرآن والعرب وعلومها والميسر والقداح وتفسير غريب القرآنالمسائل والاجوبة في الحديث والنبات فصول منه والالفاظ المغربة بالالقاب المعربة في القرويين وغريب الحديث جزآن منه في الهند ومنه اجراء مخطوطة في الظاهرية. الزركلي الأعلام ٤/١٣٧.

[2] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[3] النساء ٤/٥٩



١.٥٩ باب الدخول في القضاء

قال المصنّف: **لا تصحّ ولاية القضاء حتّى تجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد.**

أما الأوّل فلأن الشهادة دون القضاء في الولاية فأولى أن يعتبر في أهلية القضاء ما يعتبر في أهلية الشهادة. ه[1] والفاسق أهل للقضاء حتّى لو قلّد تصحّ. لكنّه لا ينبغي أن يقلد كما في شهادته. فإنّه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته. ولو قبل جاز عندنا. ولو كان عدلاً ففسق يأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحقّ العزل. وهذا ظاهر المذهب. وعليه مشايخنا. وقال الشافعي لا يجوز قضاء الفاسق كما لا يقبل شهادته عنده. وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أنّه لا يجوز قضاؤه. وقيل إذا قلد الفاسق ابتداء يصحّ. ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق. لأنّ المقلّد[2] اعتمد عدالته فلا يرضى بدونها. وهل يصلح مفتياً؟ قيل لا. لأنّه من أمور الدين. وقيل يصلح. لأنّه يجتهد حذار النسبة إلى الخطأ في أدب القاضي من الكافي. ينبغي أن يكون المفتي عفيفاً صالحاً عاقلاً فهماً عالماً بالسُنة والآثار ووجوه الفقه الّذي يؤخذ منه الكلام ليقدر على الافتاء. فمن لم يكن هكذا لا يفتي إلا بشيء سمعه فيقول قال أبو حنيفة كذا بخ[3] من حفظ الأقاويل و لم يعرف الحجج لا يحلّ له أن يفتي فيما اختلف فيه. ولا يقطع بأحد الأقاويل فيفتي به. ولو لم يوجد في البلد مثله. وفيه حافظ الفقه إن كان مأموناً ثقة عدلاً فيه يحكيه حكى الأقاويل للمستفتي فيحفظها كأنه سألهم. واختلفوا فيختار منها ما يقع في قلبه أنّه أصوبهم على ما روي عن أبي حنيفة. صغر[4] غير[5] المجتهد انتقل من مذهب إلى مذهب [٤٣٤/أ] لا لاجتهاد وبرهان فهو مذموم آثم مستوجب للتأديب والتعزير. وعن[6] أحمد

---

[1] ه : هداية
[2] ف : + عنه
[3] بخ : بكر خواهر زاده
[4] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[5] ف : عن
[6] ف : - لا لاجتهاد وبرهان فهو مذموم آثم مستوجب للتأديب والتعزير. وعن

العياضي[1] العبرة لما يعتقده المستفتي فكلّ ما اعتقده من مذهب حلّ له الأخذ به ديانة. و لم يحلّ خلافه. **بخ**[2] لا بأس بمباشرة ما يعتقد جوازه. وإن كان فيه اختلاف العلماء. ولا يكون ذلك تركاً للاحتياط. **قخ**[3] ذكر أبو بكر الرازي في أصول الفقه فأما ما يوجد من كلام رجل في كتاب معروف تداولته النسخ يجوز لمن نظر فيه أن يقول قال[4] فلان كذا. وإن لم يسمعه من أحد نحو كتب محمد بن الحسن وموطأ مالك ونحوها من التصانيف في أصناف العلوم. لأنّه بمنزلة الخبر المتواتر. ومثله يستفتي عن الإسناد. **شق**[5] **ص**[6] المقلّد لا يجوز أن يكون قاضياً فقد نصّ عليه صاحب هذا الكتاب حيث شرط فيه أن يكون من أهل الاجتهاد. وذكر الخصّاف ما يدلّ على جواز. **شس**[7] إذا لم يكن القاضي مجتهداً يأخذ بقول الأفقه في المجتهدات. وهو منه اجتهاد. **جش**[8] **قخ**[9] **مل**[10] المفتي من أصحابنا في زماننا يفتي فيما روى عن أصحابنا بلا خلاف في الرواية الظاهرة. ولا يخالفهم برأيه وإن كان مجتهداً. وإن كانت مختلفة بين أصحابنا فإن كان مع أبي حنيفة أحد صاحبيه يفتي بقولهما وإن خالفاه. فإن كان اختلاف عصر كعدالة الشهود وأخذ المتأخّرون به كالمزارعة أخذ بقولهما. وفيما سواه يتخير المفتي ويعمل باجتهاده. وقال ابن المبارك أخذ يقول أبي حنيفة. وقال الأستاذ منشيء النظر رضي الدين النيسابوري[11] من بلغ مبلغ الاجتهاد يفتي برأيه كائناً من كان. وإلا فبقول

السمرقندي

السمرقندي

منصورالماتريدي قلت ولداه هما أبو بكر محمد وأبو أحمد الأول محمد يأتي فى بابه وأبو أحمد يأتي فى الكنى. القرشي الجواهر المضيئة ١/٧٠.

٢ بخ : بكر خواهر زاده

٣ قخ : قاضي خان

٤ ف : - قال

٥ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

٦ ص : الأصل لمحمد بن الحسن

٧ شس : شرح السرخسي

٨ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

٩ قخ : قاضي خان

١٠ مل : الأمالي

١١ رضي الدين النيسابوري أبو

الآخرة

من يقلده لا محالة إلا في موضع الضرورة. وعليه الأكثر. وإن وجد لها رواية نادرة فإن وافق قول أصحابنا أخذ بها. وإن لم يجد واتّفق به المتأخّرون أخذ به. وإلا يفتي بما هو الأصوب عنده. وإن كان المفتي مقلّداً غير مجتهد يفتي بقول من هو أفقه عنده. وإن كان في مصر آخر ولا بحازف.[1]

وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية. وأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي. لأنّ الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه. ولا قدرة دون العلم. ولنا أنّه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره فيحصل مقصود القضاء. وهو إيصال الحقّ إلى مستحقه. وينبغي للمقلّد أن يختار من هو إلا قدر والأولى لقوله ﷺ « **من قلّد إنساناً عملاً وفي رَعِيَّتِه مَنْ هو أولى منه فقد خان اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين** »[2] هـ[3] وفي حدّ الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الأثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث. لأنّ لا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه [٤٣٤/ب] قال أن يكون صاحب قريحة[4] يعرف بها عادات الناس. لأنّ من الأحكام ما يبتنى عليها.

قال: **ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنّه يؤدي فرضه.**

لأن الصحابة تقلدوه وكفى بهم قدوة. ولأنّه فرض كفاية. لأنّه أمر بالمعروف.

قال: **ويكره الدخول فيه لمن يخاف أن يعجز عنه أو لا يأمن على نفسه من الحيف فيه**

تحاشياً عما يفضي إلى القبح. هـ[5] وكره بعضهم الدخول فيه أصلاً لقوله ﷺ « **من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين** »[6] والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل والترك غريمة إلا إذا تعين للقضاء فيفترض عليه صيانة لحقوق العباد.

سنةعشروستمائة وإنماذكرته لشهرته تفرده في آخر عصره؛وكانت ولادته سنة أربع وعشر وخمسمائة ظنا. وتوفي ليلة العشرين من شوال سبع عشرة وستمائة بنيسابور ودفن من الغد. وفيات الأعيان ابن خلكان ٣٤٥/٥.

[1] ق : – المفتي من أصحابنا في زماننا يفتي فيما روى عن أصحابنا بلا خلاف في الرواية الظاهرة. ولا يخالفهم برأيه وإن كان مجتهداً. وإن كانت مختلفة بين أصحابنا فإن كان مع أبي حنيفة أحد صاحبيه يفتي بقولهما وإن خالفاه. فإن كان اختلاف عصر كعدالة الشهود وأخذ المتأخّرون به كالمزارعة أخذ بقولهما. وفيما سواه يتخير المفتي ويعمل باجتهاده. وقال ابن المبارك أخذ بقول أبي حنيفة. وقال الأستاذ منشيء النظر رضي الدين النيسابوري من بلغ مبلغ الاجتهاد يفتي برأيه كائناً من كان. وإلا فبقول من يقلده لا محالة إلا في موضع الضرورة. وعليه الأكثر. وإن وجد لها رواية نادرة فإن وافق قول أصحابنا أخذ بها. وإن لم يجد واتّفق به المتأخّرون أخذ به. وإلا يفتي بما هو الأصوب عنده. وإن كان المفتي مقلّداً غير مجتهد يفتي بقول من هو أفقه عنده. وإن كان في مصر آخر ولا بحازف

[2] الزيلعي "**نصب الراية**"

والتحكم. البحر الرائق ٢٨٨/٦.

[5] ه : هداية

[6] أبو داود السنن "**أقضية**" ١؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٢؛ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ١؛ الدارقطني السنن ٢٠٣/٤.

قال: **ولا ينبغي أن يطلب الولاية ولا يسألها.**

لقوله ﷺ « **من طلب القضاء وُكل إلى نفسه ومن أُجبِر عليه نزل عليه ملكٌ يُسدِّده** »[1] ولأنّ من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكّل على ربه فيلهم. هـ[2] ثمّ يجوز التقلد من السلطان الجابر كما يجوز من العادل. لأنّ الصحابة عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه. والحق بيد علي رضي الله عنه في توبته والتابعين تقلدوه من الحجّاج. وكان جائزاً إلا إذا لم يتمكّن من القضاء بحقّ لعدم حصول المقصود بالتقلد بخلاف ما إذا كان متمكناً.

قال: **ومن قلد القضاء سلم إليه ديوان القاضي الّذي قبله.**

وهو الخرائط الّتي فيها السجلات وغيرها.[3] لأنها وضعت ليكون حجّة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء. هـ[4] ثمّ إن كان البياض من بيت المال فظاهر. وكذا إن كان من الخصوم في الصحيح. وكذا إن كان من مال القاضي في الصحيح. لأنّه اتّخذه تديناً لا تمولاً ويبعث أمينين لقبضها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً ويجعلان كلّ[5] نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى. وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام.

قال: **وينظر في حال المحبوسين فمن اعترف بحقّ ألزمه إياه.**

لأن الإقرار ملزم

قال: **ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببيّنة.**

لأنّه بالعزل التحق بسائر الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجّة خصوصاً إذا كان على فعل نفسه.

قال: **فإن لم يقم لم يعجل بتخليته حتّى ينادى عليه[6] ويستظهر في أمره.**

لأن فعل المعزول حقّ ظاهر فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حقّ الغير.

قال: **وينظر في الودائع وارتفاع الوقف فيعمل على ما يقوم به البيّنة أو يعترف به من هو في يده.**

---

[1] الترمذي السنن "**أحكام**" ٢؛ ابن ماجه السنن "**أحكام**" ١؛ أحمد بن حنبل

الحال. فتح القدير ٧/٢٦٤.

[4] ه : هداية

[5] ف : إن كان

[6] ف : – عليه

لأن الكلّ حجّة.

قال: **ولا يقبل قول المعزول**

لما مرّ.

قال: **إلا أن يعترف الّذي هو في يديه أن المعزول سلمها إليه فتقبل قوله فيها.**

[٤٣٥/أ] لأنّه ثبت بإقراره أن اليد فيه كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي فيه كما في المال الّذي في يده إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره فيسلم إلى المقرّ له الأول.

قال: **ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد**

كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وقال الشافعي يكره القضاء في المسجد لحضور المشرك والحائض ولنا قوله ﷺ « **إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم** »[1] وكان ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات. ولأنّ القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المساجد كالصلاة. ونجاسة المشرك في اعتقاده فلا يمنع دخوله في المسجد. والحائض يخير بحالها فيخرج القاضي إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كالخصومة في الدابّة. ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس في الدخول فيها. ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك. لأنّ في جلوسه وحده تهمة.

قال: **ولا تقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته.**

تحاشيا عن الرشوة أو لتهمتها. وفي الحديث هدايا الولاة رشوة إلا إذا كانت صلة للرحم أو جرياً على العادة حتّى لو كانت للقريب خصومة لا تقبل هديته أو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة. وعن مسروق[2] إذا أكل القاضي الهدية فقد أكل السحت. وإذا أخذ الرشوة بلغ به الكفر. **شق**[3] والفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة تدفع بشرط الإعانة ولا شرط مع الهدية.

قال: **ولا يحضر دعوة إلا أن يكون عامة.**

لأن الخاصّة للقضاء دون العامة. ويدخل في هذا الجواب قريبه. وهو قولهما. وعن محمد يجيبه. وإن كانت خاصّة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتّخذها.

---

[1] مسلم الصحيح "**مساجد**" ١٨؛ ابن ماجه السنن

الزركلي الأعلام ٢١٥/٧.

[3] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

قال: **ويشهد الجنازة ويعود المرضي.**

لأنها من حقوق المسلم. وكان عليه السلام يفعل ذلك وكفى به قدوة.

قال: **ولا يضيف أحد الخصمين دون[1] خصمه.**

للنهي ولدفع تهمة الميل.

قال: **وإذا حضرا سوّى بينهما في الجلوس والإقبال.**

لقوله عليه السلام **« إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليُسوِّ بينهم في المجلس والإشارة والنظر »**[2]

قال: **ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة.**

للتهمة ودفعاً لمكسرة قلب صاحبه ولا يضحك في وجه أحدهما. لأنّه يحتوي على خصمه ولا يمازحهم ولا واحداً منهم. لأنّه يذهب بمهابة القضاء. ويكره تلقين [٤٣٥/ب] الشاهد بأن يقول له "أتشهد بكذا." وكذا لأنّه إعانة لأحد الخصمين كتلقين أحدهما. واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة. لأنّه قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه أحياء للحق فجاز[3] كالأشخاص والتكفيل.

١.١.٥٩ فصل في طلب الحبس

قال: **وإذا ثبت الحقّ عنده وطلب صاحب الحقّ حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمر بدفع ما عليه.**

لأن الحبس جزاء المماطلة. فلا بدّ من ظهورها.[4] وذلك إذا ثبت الحقّ بالبيّنة بحبسه للحال أو بإقراره. لكنّه امتنع من أدائه حتّى احتيج إلى محاكمته أو جحد بعد خروجه.

قال: **وإن امتنع حبسه في كلّ دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمر المبيع وبدل القرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة.**

---

١ ق : - دون

٢ الطبراني "**المعجم الكبير**" ٢٨٤/٢٣ ر ٦٢٢؛ الديلمي السنن ٣٣٧/١ ر ١٣٤٣

٣ [illegible]

٤ [illegible] م يستصحب المال وإنما يظهر إذا أمره بعد إقراره فامتنع أما إذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بإنكاره. فتح القدير ٢٧٨/٧.

لأن حصوله في يده دليل غناه. وكذلك إقدامه على التزامه باختياره دليل يساره. هـ[1] والمراد بالمهر معجّلة دون مؤجّله.

قلت وفي عرف أهل خوارزم في زماننا لا يحبس بالمهر إذا قال "إني فقير." لأنّ كلّه مؤجّل في عرفنا.

قال: **ولا يحبس فيما سوى ذلك إذا قال "إني فقير" إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً.**

لعدم دلالة اليسار فيكون القول قوله وعلى المدّعي إثبات غناه. هـ[2] وقيل القول لمن عليه في جميع ذلك. لأنّ الأصل هو العسرة. وقيل القول له إلا فيما بدله مال وفي النفقة القول للزوج أنّه معسر. وفي إعتاق العبد المشرك القول للمعتق. وهاتان المسألتان يؤيدان القولين الأخرين. والتخريج على ما قال في الكتاب أنّه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتّى تسقط النفقة بالموت بالاتّفاق. وكذا عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق ثمّ فيما إذا كان القول للمدعي أن له مالاً أو يثبت ذلك بالبيّنة في غيره حبسه.

قال: **ويحبسه شهرين أو ثلاثة ثمّ يسأل عنه فإن لم يظهر له مال خلى سبيله.**

أما الحبس فلظهور ظلمه. وأما الامتداد ليظهر ماله لو كان يخفيه. وأما قدره بالشهرين أو الثلاثة. لأنّ الإنسان لا يظهر على الحبس هذه المدّة غالباً. وهو قادر على أداء الحقّ وقيل شهراً. وقيل أربعة إلى ستّة أشهر. والصحيح أن التقدير فيه مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الناس والحقوق فيه. ثمّ إذا لم يظهر ماله خلى سبيله. لأنّه استحقّ النظرة إلى الميسرة. قال تعالى ﴿ **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** ﴾[3] ولو قامت البيّنة على إفلاسه. قيل يقبل وعامة المشايخ على أنّها لا تقبل.

قال: **ولا يحول قبل المدّة بينه وبين غرمائه.**

والكلام في الملازمة بيّنّاه في كتاب الحجر. جص[4] أقرّ عند القاضي بدين. [٤٣٦/أ] فإنّه يحبسه يريد إذا ظهرت مماطلته ثمّ يسأل عنه. فإن كان موسراً أيّد حبسه. وإن كان معسراً خلّى سبيله.

قال: **ويحبس الرجل في نفقة زوجته.**

لأنه ظالم بالامتناع.

قال: **ولا يحبس والد في دين ولده.**

---

[1] ه : هداية
[2] ه : هداية
[3] البقرة ٢٨٠/٢
[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص.

قال: **إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه.**

لأن فيه إحياء ولده ولأنّه لا يتدارك سقوطها بمضى الزمان.

٢ .١ .٥٩ فصل في قضاء المرأة

قال: **ويجوز قضاء المرأة في كلّ شيء إلا في الحدود والقصاص.**

وأصله أن في كلّ موضع تقبل شهادتها يجوز قضاؤها لاشتراكهما في الولاية على الغير.



٥٩ . ٢ باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال: **ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده شاهدان. وإن شهدوا على خصم حكم بالشهادة وكتب بحكمه. وإن شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم. وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه وإنما جاز الكتاب للحاجة.**

لأن المدّعي قد يتعذّر عليه الجمع بين شهوده وبين خصمه فأشبه الشهادة على الشهادة. وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والغصوب والأمانات المجحودة والمضاربة المجحودة. لأنّها بمترلة الدين. ويعرف بالوصف وتقبل في العقار أيضاً. لأنّ التعريف فيه بالتحديد. ولا تقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة. وعن أبي يوسف يقبل في العبيد دون الإماء. وعنه فيهما. وعن محمد يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخّرون ثمّ إذا شهدوا على خصم حكم لوجود الحجّة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا ولغير خصم لم يحكم. لأنّ القضاء على الغائب لا يجوز لكن يكتب بالشهادة إليه. وهو الكتاب الحكمي. وهو نقل الشهادة في الحقيقة. وله شرائط نبينها إن شاء الله تعالى.

قال: **ولا تقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.**

لأن الكتاب يشبه الكتاب وفيه إلزام فلا يثبت إلا بحجّة تامّة بخلاف كتاب الاستيمان من أهل الحرب. لأنّه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي. لأنّ الإلزام بالشهادة لا بالتزكية.

قال: **ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه ثمّ يَختِمه ويسلمه إليهم أو يعلمهم بما فيه مكان القراءة.**

لأنه لا شهادة بدون العلم. وأما الختم بحضرقم والتسليم كيلا يتوهّم التعبير وإعلام ما في الكتاب والختم بحضرهم. وكذا حفظ ما في الكتاب شرط عند أبي حنيفة ومحمد. ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم ليعينهم على حفظهم. وقال [٤٣٦/ب] أبو يوسف شيء من ذلك ليس بشرط. والشرط أن

يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه. وعنه أن الختم ليس بشرط أيضاً. فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء. وليس الخبر كالمعاينة. وهو اختيار شمس الأئمّة السرخسي.

قال: **وإذا وصل إلى القاضي لم تقبله إلا بمحضر من الخصم.**

لأنه بمنزلة أداء الشهادة. فلا بدّ من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب. لأنّه للنقل لا للحكم.

قال: **فإذا سلمه الشهود إليه نظر في ختمه. فإن شهدوا أنّه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فضّه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه.**

وهذا عندهما. وقال أبو يوسف إذا شهدوا أنّه كتابه وخاتمه قبله على ما مرّ. ولم يشترط في الكتاب ظهور العدال للفتح. ولاصحيح أنّه يفض الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود على الكتاب. كذا ذكره الخصّاف. لأنّه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود. وإنّما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم. ه[1] وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان القاضي الكاتب على القضاء حتّى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله. لأنّه التحق بواحد من الرعايا. ولهذا لا يقبل إخباره عند قاض آخر في غير عمله أو في غير عملهما. وكذا لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كلّ من يصل إليه من قضاة المسلمين. لأنّه معرف وغيره صار تبعاً له بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كلّ من يصل إليه على ما عليه مشايخنا. لأنّه غير معرف. ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لأنّه قائم مقامه.

قال: **ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص.**

لأن فيه شبهة البدلية فأشبه الشهادة على الشهادة.

قال: **وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك.**

لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستحلف. لأنّه لولاه لفاتت الجمعة بفوات وقتها فكان الأمر بإقامتها إذناً في الاستحلاف دلالة ولا كذلك القضاء. ولو قضى الثاني بمحضر الأوّل أو قضى الثاني فأجازه الأوّل جاز كما في الوكالة لحضور رأي الأوّل. فإذا فوض إليه بملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتّى لا يملك الأوّل عزله إلا أن يقول له الخليفة ولمن شئت واستبدل من شئت.

---

[1] ه : هداية

قال: **وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع أو يكون قولاً لا دليل عليه.** جص[1]

وما اختلف فيه القضاة [٤٣٧/أ] فيقضي به القاضي ثمّ جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه. وأصله أن القضاء متى أصاب مجتهداً فيه ينفذ ولا يرد غيره. لأنّ اجتهاد الثاني كاجتهاد الأوّل. وقد ترجح الأوّل باتّصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه. ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه ينفذ عند أبي حنيفة. وإن كان عامداً ففيه روايتان. وعندهما لا ينفذ في الوجهين. لأنّه قضى بما هو خطأ عنده. هـ[2] وعليه الفتوى. ثمّ المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا. والمراد بالسنة السنة المشهورة منها. وفيما أجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض. وذلك خلاف. وليس باختلاف. والمعتبر الاختلاف في الصدر الأوّل. وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم أو بإحلال فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة. وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين. والمسألة معروفة. جش[3] مس[4] وطئ أمّ امرأته أو بنتها فقضى قاضٍ بحل امرأته وهو يرى ذلك ليس لقاضٍ آخر أن يحرمها. ولو قضى بالحرمة فقضاه باطل لاختلاف الصحابة والعلماء والأحاديث فيها ثمّ إن كان الزوج عامياً يحلّ له المقام معها متبعاً لرأي القاضي في الأوّل في الحلّ والحرمة. وإن كان عالماً ويرى خلافه ينفذ قضاؤه عليه في الحرمة دون الحلّ عند أبي يوسف. وعندهما ينفذ فيهما. ويحلّ له المقام معها. وإن كان يرى خلافه. وعلى هذ التفصيل في مسألة تعليق الطلاق بالملك أو بسببه. والحكم في جانب المرأة كالحكم في جانب الرجل. وعلى هذا مسائل. منها السلم في الحيوان وطلاق المكره وردّ المنكوحة بالعيوب الخمسة. وإذا نفذ القاضي الثاني فيها قضاء الأوّل هل يتبع الزوج بزوج آخر؟ فإن تزوّجت بعد العدّة حلّ وطئها له علم بحقيقة الحال أو لم يعلم عند أبي حنيفة خلاف محمد في العالم. وأما الزوج الأوّل فلا تحلّ له وطئها عنده ظاهراً وباطناً. وعند محمد يحلّ له وطئها باطناً خلاف أبي يوسف. وإذا كان القاضي من أهل الرأي فرأيه خلاف رأي الفقيه يقضي برأيه. وإن قضى برأي الفقيه ينفذ عند أبي حنيفة خلافهما حتّى حلّ للسلطان نقض قضائه عندهما. وكذا إذا غلط القاضي فقضى بخلاف رأيه فأصاب بعض الاختلاف نفذ عنده خلافهما. ولو لم يغلط [٤٣٧/ب] فيه لا تنفذ في قولهم. جت[5] ولو نسي مذهبه وقضى بخلافه أمضاه. وعند أبي يوسف يرده. ولو قضى بمذهب غيره وأشهد أنّه رأى الصواب في هذه الحادثة لم ينقضه هو ولا غيره وإن لم يشهد. فعند أبي يوسف له نقضه دون غيره. وقيل لا ينقض عند أبي حنيفة. ولو قضى ثمّ تبين أن غير ما قضى به أولى. وهو مما يسوغ فيه الاجتهاد لم يفسخ. وعند

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[2] ه : هداية

[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] مس : مجموعات سمرقندي

[5] جت : جمع التفاريق للبقالي

محمد تفسخ. إن كان قضى به تقليداً. قيل هو قول أبي يوسف أيضاً. **جس**[1] إذا كان نفس القضاء يختلفا فيه فلحاكم آخر ترى خلافه إبطال قضيته إلا إذا اتّصل بالقضاء الأوّل قضاء آخر على وفقه. **صغر**[2] قضى على الغائب لا ينفذ عند محمد. وينفذ عند أبي يوسف. وقيل أبو حنيفة معه. **شس**[3] في السير الكبير في باب الفداء قضى القاضي بشهادة الفساق أو بشهادة برجل وامرتين بالنكاح على غائب ينفذ قضاؤه. وإن كان من يجوز القضاء على الغائب لا تقبل شهادة هو لا فيه. ولكن كلّ واحد من الفصلين مجتهد فيه فينفذ القضاء باجتهاده فيهما. لأنّ المجتهد يتبع الدليل القائل. قلت فهذا دليل على أن مثل هذا الإجماع لا تكون إجماعاً. ولا حجّة من حجج الله. فكيف ما شعف به نظار زماننا من عدم القائل في المسائل الّتي اختلف منشاؤها. وإنّه من أعظم المفاسد في الفقه والشرائع. عصم الله تعالى أسماع العلماء والمتعلمين عن التلوث بمثله. وعن عبد الواحد الشيباني[4] أن ما يفعله القضاة من التفويض إلى شافعي المذهب في فسخ اليمين. وبيع المدبّر أنما يجوز إذا كان المفوض يرى ذلك. وإلاّ فلا. وفي **شص**[5] يجوز عند أبي حنيفة. وبه يفتى. ولو فوض إليه ليقضي برأيه ينفذ بالإجماع. **ظم**[6] القاضي إذا لم يعلم بأنه محلّ الاجتهاد لا ينفذ قضاؤه عند الكلّ. **خك**[7] مثله **شس**[8] وعن أبي حنيفة أنّه ينفذ. **صغر**[9] فسخ اليمين في حقّ امرأة. هل ينفسخ في حقّ غيرها؟ فيه اختلاف المشايخ. والفتوى على أنّه ينفسخ. **ص**[10] لا ينفسخ عند أبي حنيفة خلاف أبي يوسف.

قلت وبه يفتى. **فج**[11] علق الثلاث بملكها فأخذ بمذهب الشافعي على أنّه ممن يعتد بقوله وسعه المقام معها عند العراقيين دون الخراسانين. **ث**[12] لا بأس بأن يوجد فيه بمذهب الشافعي. **صغر**[13] لو أفتى فيه بالحل جاز الأخذ به. **جش**[14] حلف لا يتزوّج فوكل به لم يحنث. وإنّه خلاف الأصل قضاء القاضي في الرستاق. روي عن أبي حنيفة أنّه ينفذ خلاف أبي يوسف. ولا تنفذ في ظاهر المذهب تزوّج نسوة بغير ولي

---

[1] جس : أجناس الناطفي
[2] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين الشهيد
[3] شس : شرح السرخسي
[4] عبد الواحد الشيباني الإمام الملقب بالشهيد. القرشي الجواهر المضية ١/٣٣٤.
[5] شص : شرح الصباغي
[6] ظم : ظهير الدين المرغيناني
[7] خك : خلاصة الأكمل
[8] شس : شرح السرخسي
[9] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين الشهيد
[10] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[11] فج : الفتاوى ابو جعفر
[12] ث : أبو الليث
[13] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين الشهيد
[14] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

ثمّ تحول رأيه إلى اشتراط الولي تحلّ له. ويجوز القضاء على القول المرجوع عنه. **شط**[1] وفي الأقضية لم يعتبر أصحابنا خلاف مالك [٤٣٨/أ] والشافعي. وفي شرح التعويذ قضى بالمأذون في نوع على مذهب الشافعي بأنه يخصه ينفذ. وهذا يدلّ على أن المختلف بين السلف كالمختلف بين الصحابة. فإن اختلف الصحابة في حكم أو التابعون أو المتأخّرون ثمّ أجمعوا على أحد القولين ينفسخ الاختلاف عند محمد خلافهما. **شس**[2] لا خلاف بين أصحابنا أن إجماع المتأخّرين برفع الخلاف المتقدّم فكان القضاء بجواز بيع أم الولد باطلاً. **شح**[3] مثله وفي الشافعي يجوز. والقضاء بالقضاء بجواز بيع المدبّر نافذ دون أم الولد.

٥٩ . ٢ . ١ فصل في القضاء على غائب

قال: **ولا تقضي على غائب إلا أن يحضر معه خصمه أو من يقوم مقامه.**

وقال الشافعي يجوز لوجود البيّنة. ولنا أن العمل بالبيّنة لقطع المنازعة. ولا منازعة بدون إنكار. ويحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء. لأنّ أحكامها مختلفة. **ه**[4] ولو أنكر ثمّ غاب فكذلك. لأنّ المعتبر قيام الإنكار وقت القضاء. وفيه خلاف أبي يوسف. ومن يقوم مقامه قد يكون بإنابته أو بإنابة الشرع كالوصي من القاضي. وقد يكون حكماً بأن كان ما يدّعي على الغائب سلباً لما يدّعي على الحاضر. أما إذا كان شرطاً لحقه فلا عبرة به في جعله خصماً عن الغائب. ويبتنى على هذا الأصل مسائل. **شط**[5]

كلّ من ادّعى عليه حقاً لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب. ويظهر فائدته في مسائل.

منها إقام بيّنة أن له على فلان الغائب كذا. وإن هذا كفيل عنه بأمره يقضي على الحاضر والغائب. لأنّها كالمعاوضة. ولو لم يقل بأمره لا يقضي على الغائب.

ومنها ما إذا قام بيّنة أنّه كفل له بكل ماله على فلان وأن له عليه ألفاً كانت قبل الكفالة يقضي على الحاضر والغائب. ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره بخلاف الأولى فتنبه أن لكفالة المطلقة لا يوجب المال على الكفيل ما لم توجب على الأصل فصار كأنه علق الكفالة بوجوب المال على الأصل فانتصب الحاضر عن الغائب خصماً.

---

[1] شط : شرح الطحاوي
[2] شس : شرح السرخسي
[3] شح : شمس الأئمة الحلواني
[4] ه : هداية
[5] شط : شرح الطحاوي

ومنها أن القاذف إذا قال أنا عبد لفلان فلأحد عليّ فأقام المقذوف بيّنة أن فلاناً أعتقه حدّ فكان قضاء على الغائب بالعتق.

ومنها لو قال له "يا ابن الزانية" فقال القاذف أمه أمه فلان فأقام المقذوف بيّنة أنّها بنت فلان القريشية يحكم بالنسب ويحد.

ومنها ما إذا أقام بيّنة أنّه ابن عمّ الميّت فلان وأن الميّت فلان بن فلان يجتمعان إلى أب واحد. وإنّه وارثه فحسب قضى بالميراث والنسب على الغائب.

ومنها ما لو أقام بيّنة أن أبوي الميّت كانا مملوكين [٤٣٨/ب] له أعتقهما ثمّ ولد لهما هذا الولد ومات وإنّه مولاه ووارثه قضى بالولاء. وكان قضاء بالولاء على الأبوين وأخويه المولودين بعد عتقهما.

ومنها ما لو قال لدائن العبد المأذون ضمنت لدينك عليه إن أعتقه مولاه فأقام بيّنة عليه أن مولاه أعتقه بعد الضمان. والعبد والمولى غائبان قضى بالضمان. وكان قضاء بالعتق للغائب وعلى الغائب.

ومنها لو قال المشهود عليه الشاهد عبده فأقام المدّعي أو الشاهد بيّنة أن مولاه أعتقه قبل الشهادة.

ومنها ما لو ادّعى شيئاً في يد رجل أنّه له اشتراه من فلان وأقام بيّنة يقضى له بالملك والشرى من الفلان.

ومنها ما لو قذف عبد فأقام المقذوف عليه بيّنة أن مولاه أعتقه وادّعى إكمال الحدّ.

ومنها ما لو أقام العبد المشترى بيّنة أن البائع كان أعتقه أو رجل آخر أعتقه وهو يملكه.

ومنها ما لو قال لرجل ما بايعت فلاناً فعلي فأقام الرجل بيّنة على الضمين إليه باع فلاناً عبده بألف.

ومنها ما لو أقام بيّنة على رجل أنك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها.

ومنها ما لو قال الرجل لفلان عليّ ألف فاقضها فأقام لمأمور بيّنة أنّه قضاها يقضى بقبض الغائب والرجوع على الآمر.

ومنها ما لو قال لغيره العبد الّذي في يدي لفلان فاشتره لي وأنقد الثمن وأقام المأمور بيّنة أنّه فعل ذلك.

ومنها ما لو قال لرجل اضمن لهذا ما دايني فضمن فأقام الضمين بيّنة أن فلاناً داينك كذا وإني قد قضيتها عنك.

ومنها الكفيل بأمر أقام بيّنة على الأصيل أنّه أوفى الطالب.

ومنها لو أقام بيّنة على أن له على فلان ألفاً وإنّه أحاله بما عليه.

ومنها لو أقام بيّنة على رجل أنّه كان لفلان عليك ألف أحلته بها عليّ وأديتها إليه.

ومنها ما لو طالب البائع المشتري بالثمن فأقام هو بيّنة أنّه أحاله بالثمن على فلان.

ومنها ما لو قال لرجل إن جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه فأقام بيّنة أنّه جنى عليه فلان.

ومنها ما لو أقام بيّنة على رجل في يده دار أنّها له فأقام ذو اليد بيّنة أن فلاناً وهبها له وسلم أو أودع أو باع.

ومنها ما لو أقام ذو اليد بيّنة أن المدّعي باعها من فلان وقبضها تبطل بيّنة المدّعي ويلزم الشرى الغائب.

ومنها ما لو قال ذو اليد أودعنيه فلان فطلب المدّعي تحليفه به فنكل فقضى عليه نفذ على فلان.

ومنها وصل إليّ من زيد وكيل فلان بأمره أو من غاصب غصبه منه وحلف المدّعي ما تعلم دفع زيد فقضى عليه نفذ على فلان.

ومنها ما لوا أقام بيّنة على عبد أن مولاه أعتقه وإنّه قطع يده بعد ذلك أو استدان [٤٣٩/أ] منه أو اشترى منه أو باع منه.

ومنها ما قيل أنّه لو قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فأقامت بيّنة أن فلاناً طلق امرأته.

ومنها ما لو أقام القاتل بيّنة على الحاضر أن الولي الغائب قد عفا.

ومنها ما لو أقام الحاضر على القاتل بيّنة أن الولي الغائب قد عفا.

تقبل البيّنة في جميع هذه الصور. ويتضمّن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب فيها. ولو أراد البائع استرداد المبيع لفساد البيع فأقام المشتري بيّنة أنّه باعه من فلان لا تقبل. لأنّه ليس من حقوق شرى الثاني بطلان حقّ البائع الأوّل. وكذا لو أقام المشتري بيّنة أن لمشتراه زوجاً ليردها على بائعها لا تقبل. لأنّ الردّ ليس من حقوق النكاح. وكذا لو أقام على رجل بيّنة أنّه فقأ عين عبده الغائب. لأنّ الجناية ليست من موجبات الرقّ. وقيل إثبات شيء على الغائب من طلاق أو بيع ونحوهما أن يقول لرجل إن كان فلان الغائب باع داره من فلان فأنت وكيلي في إثبات حقوقي على الناس أجمعين فيحضر الوكيل رجلاً. ويدعي أنّه وكيل فلان. لأنّه كان علق وكالتي بيع الغائب داره من فلان بكذا أو قد فعلي وإن لموكلي عليك ألفاً فتصدقه في التعليق دون وجود البيع فيقيم الوكيل البيّنة على البيع فيقضي به على الغائب بوكالة الحاضر.



٥٩ .٣ باب في التحكيم

قال: **وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز إذا كان بصفة الحاكم.**

لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمها وينفذ حكمه عليهما.

قال: **ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي.**

لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة. والفاسق إذا حُكم يجب أن يجوز عندنا لما مرّ في المولى.

قال: **ولكل واحد من المحكّمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما.**

لأنه مقلّد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما.

قال: **فإذا حكم لزمهما.**

لرضاهما به.

قال: **وإذا رفع حكم الحكم إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه**

لحق النقض عن الفائدة.

قال: **وإن خالفه أبطله.**

لأن حكمه لا يلزم الحاكم لعدم تحكيمه. شط[1] فإن أبطله لا يمضيه غيره. وإن أمضاه لا يفسخ. وقال ابن أبي ليلى والطحاوي لا يبطله اعتباراً بالحاكم. وكذا لو استحلف القاضي بلا إذن فحكم خليفته.

قال: **ولا يجوز في الحدود والقصاص.**

---

[1] شط : شرح الطحاوي

لأنه لا ولاية لهما على دمهما. ولهذا لا يملكان إباحته. قال ولا يجوز في الحدود والقصاص. لأنه لا ولاية لهما على دمهما. ولهذا لا يملكان إباحته. ه[1] قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدلّ على جواز التحكيم في سائر المجتهدات. وهو صحيح. لكنّه لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام.

قال: **وإن حكما في دم خطأ فقضى الحكم على العاقلة لم ينفذ حكمه.**

لأنه لا ولاية له عليهم. ولا تحكم من جهتهم. ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده الحاكم لمخالفة [٤٣٩/ب] رأيه والنص إلا إذا ثبت القتل بإقراره. لأنّ العاقلة لا تعقله.

قال: **ويجوز أن يسمع البيّنة ويقضي بالنكول**

وكذا بالإقرار. لأنه موافق للشرع ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمها تقبل قوله. لأنّ الولاية قائمة. وإن أخبر بالحكم لا تقبل لإنقضاء الولاية.

٥٩. ٣. ١ فصل في حكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته

قال: **وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل. والمولى والمحكم فيه سواء.**

لأنه لا تقبل شهادتهما لهؤلاء لمكان التهمة فكذا لا يصحّ القضاء لهم. ويجوز عليهم لانتفاء التهمة. ولو حكما برجلين لا بدّ من اجتماعهما. لأنّه أمر يحتاج فيه إلى الرأي في شرح أدب القاضي لصدر القضاه. ينبغي للقاضي أن ينصب إنساناً يقعد الناس بين يديه ويقيمهم ويقعد الشهود ويقيمهم ويزجر من يسيء الأدب وهو صاحب المجلس. ويسمى الجواز واجده على المدّعي. لأنّه يعمل له. لكن ينبغي أن لا يأخذ أكثر من العدليّين الدانقين من الدراهم الرائجة في زماننا. وللوكلاء أن يأخذوا الأجر ممن يعملون له كالمدّعي والمدّعى عليه. ولا يأخذوا بكل مجلس أكثر من درهمين والرجالة يأخذون أجورهم ممن يعملون لهم يأخذون في المصر من نصف درهم إلى درهم. ولا يأخذون خارج المصر لكلّ فرسخ أكثر من ثلاثة دراهم. هكذا وضع العلماء الأتقياء. وهي أجور أمثالهم. والله أعلم.

---

[1] ه : هداية

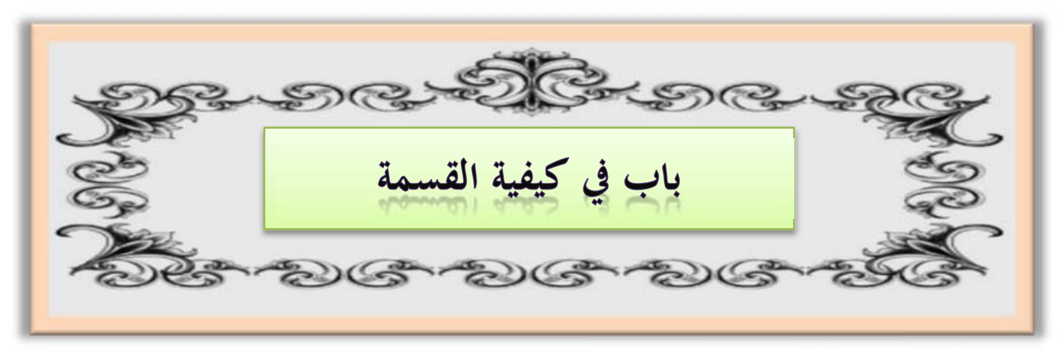


٦٠ كتاب القسمة



اعلم[1] أن شرعية القسمة في الأعيان المشتركة ثبتت بفعل النبي ﷺ في المغانم والمواريث وغيرهما. وبها جرى التوارث من غير نكير. ثمّ القسمة يشتمل على معنى المبادلة والإقرار. لكن الإقرار ظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتّى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه من غير قضاء. ولا رضاء ولا حضور شريكه. ويملك بيع نصيبه بعد القسمة مرابحة بنصف الثمن الأوّل. ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض المتفاوتة لامتناع الحكمين المذكورين إذ كانت من جنس واحد. فللقاضي ولاية الجبر عند طلب أحد الشركاء القسمة. لأنّه فيه معنى الإفراز لقارب المقاصد. والمبادلة تجري فيها الجبر كما في قضاء الدين. وإن كانت أجناساً مختلفة لا يقسم إلا بتراضيهم لتعذّر المعادل لفحش التفاوت إذا عرفنا هذا.

صاحبه. تبيين الحقائق ٥/٢٦٤.



٦٠. ١ باب في كيفية القسمة

قال: **وينبغي للإمام أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر.**

لأن القسمة من جنس عمل القضاء. لأنّ به يتم قطع المنازعة فأشبه أجرة القاسم رزق القاضي. ولأنّ فائدة هذه الولاية تعمّ العامة فيكون غرمها عليهم للحديث.

قال: **فإن لم يفعل نصب[1] قاسماً يقسم بالأجر.**

يعني على المتقاسمين. [٤٤٠/أ] لأنّ منفعتها ترجع إليهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة ورزقه من بيت المال أفضل. لأنّه أبعد من التهمة. شب[2] للقاضي أن يأخذ الأجر على القسمة إذا لم يكف مؤنته من بيت المال. والتورع عنه أولى وأحبّ. ولا يجب القسمة على القاضي إذا حصل بها ضرر لم يكن قبلها إلا بتراضيهم.

قال: **ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة.**

لأنه لا بدّ من القدرة وهي بالعلم. ولا بدّ من الاعتماد على قوله وهو بالأمانة.

قال: **ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحدٍ**

أي لا يجبرهم على استئجاره. لأنه لا جبر على العقود. ولأنّه لو تعين يتحكم بالزيادة على أجر مثله. ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي لانتفاء ولايتهم عليهم.

قال: **ولا يترك القسام يشتركون.**

كيلا تصير الأجرة[3] بتواكلهم. لأنّ عند عدم الشركة بتساهل كلّ واحد منهم في الأجر مخافة الفوت.

---

[1] ق : + القاضي

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] ف، ق : + غالية

قال: **وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة. وقالا على قدر الأنصباء.**

لأنها مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة العبد المشترك. ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتميز[1] وصعب تمييز السدس من خمسة الأسداس مثل صعب خمسة الأسداس من السدس فتعلّق الحكم بالتميز. ولا كذلك في تلك المسائل على أن الكيل والوزن إن كانا للقسمة. فقيل هو على الخلاف. هـ[2] وعنه أن الأجر على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرّه الممتنع.

قال: **وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة ادّعوا أنهم ورثوها من فلان لم يقسمه القاضي عند أبي حنيفة حتّى يقيموا البيّنة على موته وعدد ورثته. وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها باعترافهم. ويذكر في كتاب القسمة أنّه قسمها بقولهم. وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادّعوا أنّه ميراث قسم في قولهم. ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسم بينهم.**

لهما[3] أن اليد دليل الملك. والإقرار أمارة الصدق. ولا منازع لهم. فيقسمه بينهم كالمنقول الموروث والعقار المشترك. لأن البيّنة إنما تقام على المنكر ولا منكر هاهنا. لكنّه يذكر في كتاب القسمة أنّه قسمها بقولهم حتّى يقتصر عليهم حكم القسمة. ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميّت. لأنّ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتّى لو حدثت زيادة فيها تنفذ فيها وصاياه[4] ونقضي ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة. وإذا كان قضاءً على الميّت بإقرارهم فلا بدّ من البيّنة وهي مقيّدة. لأنّ بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث. ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث المقرّ بالدين أو الوصي. فإنّه تقبل البيّنة عليه مع إقراره بخلاف المنقول. لأنّ في القسمة [٤٤٠/ب] نظراً للحاجة إلى الحفظ والعقار محصن بنفسه. ولأنّ المنقول مضمون على كلّ من وقع في يده بخلاف العقار عنده وبخلاف المشترا. لأنّ المبيع لا يبقى على ملك البائع. وإن لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير.

قال: **وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم.**

لأنّه ليس في القسمة قضاء على[5] الغير. لأنّهم ما أقروا بالملك لغيرهم. هـ[6] هذه رواية. ص[7] وفي جص[8] أرض ادعاها رجلان وأقاما بيّنة أنّها في أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتّى يقيما بيّنة أنّها لهما

: الأصل لمحمد بن الحسن

٨ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

لاحتمال أن يكون لغيرهما. ثمّ قيل هو قوله خاصّة. والأصحّ أنّه قول الكلّ. لأنّ قسمة الحفظ في العقار لا يحتاج إليها. وقسمة الملك يفتقر إلى قيامه بالحجة.

قال :**وإن كان كلّ واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم.**

لأن القسمة حقّ لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيّنّاه.

قال: **فإن كان أحدهم ينتفع والآخر يستضرّ لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير القسمة قسمه. وإن طلب صاحب القليل لم يقسمه.**

لأن الأوّل ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنّت[1] في طلبه فلم يعتبر.[2] هـ[3] وذكر الخصّاف على عكسه. لأنّ صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره وصاحب القليل رضي بضرره.[4] وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة قسم. والمذكور في الكتاب أصحّ.

قال: **وإذا كان كلّ واحد منهما يستضر لم يقسم إلا بتراضيهما.**

لأنّ الحقّ لهما وهما أعرف لشأنهما.

٦٠. ١. ١ فصل في ما يقسم وما لا يقسم

قال: **ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض.**

لظهور المبادلة في الثاني دون الأوّل على ما بيّنّاه. هـ[5] ويقسم القاضي كلّ مكيل وموزون قليل أو كثير والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها أو البقر أو الغنم ولا يقسم شاة وبعير أو برذونا[6] وحماراً. ولا يقسم المتّخذة من تبر الذهب والفضة وغيرها. لأنّها باختلاف الصنعة التحقب بالأجناس المختلفة. ويقسم الثياب المروية لاتّحاد الصنف. ولا يقسم ثوباً واحداً للزوم

سواء. المبسوط ١٣/١٥.

٣ ه : هداية

٤ ق : – وذكر الخصّاف على عكسه. لأنّ صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره وصاحب القليل رضي بضرره

٥ ه : هداية

٦ البرذون الدابة قال الكسائي الأنثى من البراذين برذونة. الجوهري الصحاح ٧٣/١.

ضرر القطع ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب. لأنّه قسمه البعض دون البعض.

قال: **وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق ولا الجواهر لتفاوتهما**. **وقال أبو يوسف ومحمد يقسم**

لاتّحاد الجنس. كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم له أن التفاوت في أفراد الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات. لأنّ التفاوت فيها يقل[1] عند اتّحاد الجنس. ألا يرى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان. ومن البهائم جنس واحد بخلاف المغانم. لأنّ حقّ الغانمين في المالية حتّى جاز للإمام بيعها وقسمه ثمنها. وهاهنا تتعلّق بالعين والمالية فافترقا. [٤٤١/أ] وأما الجواهر فقيل[2] إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ واليواقيت.[3] وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت. ويقسم الصغار لقلة التفاوت. وقيل يجري الجواب على إطلاقه. لأنّ جهالة الجواهر فحش من جهالة الرقيق. ألا يرى؟ أنّه لو تزوّج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خلع عليها لا تصحّ التسمية. ويصحّ ذلك على عبد.

قال: **ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحىً إلا أن يتراضى الشركاء. وكذا الحائط بين الدارين.**

لاشتمالها على الضرر في الطرفين. لأنّه لا ينتفع بكل نصيب انتفاعاً مقصوداً. فلا يقسمه بخلاف التراضي لما بيّنّا.[4]

قال: **وإذا حضر وارثان وأقاما البيّنة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين**. **ونصب للغائب وكيلاً يقبض نصيبه.**

وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً لقبض نصيبه. لأن فيه نظراً للغائب والصغير. ولا بدّ من إقامة البيّنة في هذه الصورة عنده خلافهما لما مرّ.

قال: **وإن كانوا مشترين لا يقسم مع غيبة أحدهم.**

---

[1] [illegible]

[2] [illegible]

[3] [illegible] الدراهم. بدائع الصنائع ٢١/٧.

[4] ف، ق : قلنا

والفرق أن ملك الوارث ملك خلافه حتّى يرد بالعيب. ويرد عليه به[١] فيما اشتراه المورث فانتصب أحدهما خصماً عن الميّت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء لحضرة المتقاسمين. أما الملك الثابت بالشرى ملك مبتدأ. ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه. فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فبان الفرق.

قال: **وإن كان العقار في يد الوارث الغائب لم يقسم.**

وكذا إذا كان في يده شيء منه أو كان في يد مودَعه أو الصغير. لأن القسمة ههنا قضاء على الغائب وأمين الخصم ليس بخصم فيما يستحقّ عليه. والقضاء من غيرهم خصم لا يجوز. ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيّنة وعدمها هو الصحيح.

قال: **وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة.**

لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً ومقاسماً ومقاسماً بخلاف ما إذا أحضر ابنان لما بيّنّا. ولو كان الحاضر صغيراً وكبيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً[٢] وقسم إذا أقيمت البيّنة. وكذا إذا حضر وارث كبير وموصي له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البيّنة على الميراث والوصيّة لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه. وكذا الوصي عن الصبي.

قال: **وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسمت كلّ دار على حدتها في قول أبي حنيفة. وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها.**

وعلى هذا الخلاف إلا قرحة المتفرّقة المشترك لهما أنّها جنس واحد اسماً وصورة ونظر إلى أصل السكنى أجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد. ووجوه السكنى فيفوض الترجيح [٤٤١/ب] إلى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى. وهو المقصود. وإنّه يختلف باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة. ولهذا لا يصحّ التوكيل بشراء دار. ولو تزوّج بدار لا تصحّ التسمية كما في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها. لأنّ في قسمة كلّ بيت على حدة ضرراً بيّنّا. هـ[٣] وتقييد وضع المسألة في مصر واحد إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في

---

١ ق : – به

٢ ف : وصيا

٣ ه : هداية

القسمة عندهما. وهو رواية هلال[1] عندهما. وعن محمد أنّه يقسم إحديهما في الأخرى والبيوت في محله أو محال يقسم قسمة واحدة. لأنّ التفاوت فيما بينهما يسير. والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور.

قال: **وإن كانت داراً أو ضيعة أو داراً وحانوتاً قسمت كلّ واحدة على حدة.**

لاختلاف الجنس فجعل الدار والحانوت جنسين. ص[2] إجارة الدار بالحانوت لا يجوز. فهذا يدلّ على أنهما جنس واحد. جش[3] حانوت لهما يعملان فيه طلب أحدهما القسمة. فإن أمكن لكلّ واحد منهما أن يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمله فيه قبلها قسم. وإلاّ فلا. شص[4] وإذ كانت إحدى الدارين بجنب الأخرى قسم. شس[5] شب[6] القاضي لا يقسم الدور سواء كانت متلازقة أو متفرّقة. شح[7] الخلاف في الدور[8] المختلفة. جت[9] وقع في نصيب أحدهما شجرة أغصانها مظلة على نصيب صاحبه. ذكر ابن سماعة أنّها لا تقطع. وذكر ابن رستم أنّها تقطع. ولا يقطعهم بنفسه إن كان مما يختلف قطعه. وأطلق أبو يوسف أنّه يقطعها. ولا يخير صاحبه.

٦٠. ١. ٢ فصل فيما ينبغي للقاسم

قال: **وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ويعده أو يذرعه.**

ليمكنه حفظه. وفي بعض النسخ. ويعد له أي يسويه. وفي بعضها ويعزله أي يقطعه عن غيره.

قال: **ويقوم البناء ويفرز كلّ نصيب عن الباقي بطريقه وشربه[10] حتّى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلّق.**

فتنقطع المنازعة. ويتم معنى القسمة.

. والسجلات

[1] وأضاف إليهما زيادات من كتب الحنفية، كما جاء في مقدمته. الزركلي الأعلام ٨/٩٢.

[2] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[3] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[4] شص : شرح الصباغي

[5] شس : شرح السرخسي

[6] شب : شرح بكر خواهر زاده

[7] شح : شمس الأئمة الحلواني

[8] ق : الدار

[9] جت : جمع التفاريق للبقالي

[10] ف : - وشربه

قال: **ثمّ يكتب أساميهم ويجعلها قرعة ويلقب نصيباً بالأول والذي يليه بالثاني والثالث. وعلى هذا ثمّ يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول. ومن خرج اسمه ثانياً فله السهم الثاني.** ه[1]

والأصل فيه أن ينظر إلى[2] أقلّ الأنصباء حتّى إذا كان الأقلّ ثلاثاً جعلها أثلاثاً. وإن كان سدساً فأسداساً لتمكّن القسمة. وقوله ويفرز كلّ نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل. فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز. والقرعة لتطيب القلوب وإزالة تهمة الميل حتّى لو عين لكلّ واحد منهم نصيباً من غير اقتراع جاز. لأنّه [٢٤٤/أ] في معنى القضاء فملك الإلزام.

قال: **ولا يدخل في القسمة الدراهم[3] إلا بتراضيهم.**

لأنه لا شركة في الدراهم. والقسمة من حقوق الإشتراك. ه[4] وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنّه يقسم ذلك على اعتبار القيمة. لأنّه لا يمكنه اعتبار المعادلة إلا بالتقويم. وعن أبي حنيفة أنّه يقسم الأرض بالمساحة. لأنّها الأصل ثمّ يرد من وقع[5] البناء في نصيبه أو كان نصيبه أجود دراهم فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة. وعن محمد أنّه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة. وإذا بقى فضل لا يمكن تحقيق التسوية بأن لا ينفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم.

قال: **فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في ملك الآخر وطريق لم يشترط في القسمة. فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر.**

لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر.

قال: **فإن لم يمكن فسخت القسمة.**

لأنها مختلفة بالاختلاط فتستأنف كالإجارة بخلاف البيع. لأنّ الغرض منه تمليك العين والغرض منه القسمة والإجارة تكميل المنفعة. ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة إن كان يستقيم لكلّ واحد طريق بفتحه في نصيبه فعل تتميماً لمعنى القسمة. وإلا رفع طريقاً بين جماعتهم. واختلف في مقداره. والحاجة يندفع بما يكون على عرض باب الدار وطوله والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة. ولو شرطوا أن الطريق بينهم أثلاثاً مع الاستواء في أصل الدار جاز بالتراضي.

---

[1] ه : هداية
[2] ق : - إلى
[3] ق : + والدنانير
[4] ه : هداية
[5] ق : دفع

قال: **وإذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوّم كلّ واحد على حدته. وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك.**

وهذا عند محمد. وعندهما يقسم بالذرع لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتّخاذ البئر والسرداب والإصطبل فيه فلا يمكنه التعديل إلا بالتقويم. ولهما أن القسمة بالذرع هي الأصل. لأنّ الشركة في المذروع فيصار إليه ما أمكن. والمراعى هو التسوية في السكنى لا في المرافق. ثمّ اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذراع. قال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل الخلاف لاختلاف العصر والبلد. وقيل لاعتبار المنافع. والفتوى على قول محمد.

قال: **وإذا اختلف المتاقسمون فشهد القاسمان قبلت شهادتهما. وقال محمد لا تقبل.**

وهو قول أبي يوسف [٤٤٢/ب] أولاً. وبه الشافعي. وذكر الخصّاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل[1] كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله. ولهما أنهما شهد على فعل غيرهما. وهو الاستيفاء والقبض لا على فعلهما. لأنّ فعلهما التميز. ولا حاجة إلى الشهادة عليه. شط[2] إذا اقتسما بأجر لا يقبل بالإجماع لأنهما تدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكان دعوى. لكنّا نقول هما لا يجرّان بهذه الشهادة مغنماً لاتّفاق الخصوم على إبقاء العمل المستأجر عليه. وهو التميّز. وإنّما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة. ولو شهد قاسم واحد لا يقبل لتفرده. ولو أمر القاضي أمينه يدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه. ولا تقبل في[3] إلزام الآخر إذا كان منكراً.

قال: **فإن ادّعى أحدهما الغلط وزعم أنّه أصابه شيء هو في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة.**

لأنه يدّعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجّة. فإن لم يقم له بيّنة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدّعى فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما. لأنّ النكول حجّة في حقه خاصّة. هـ[4] وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه.

قال: **وإن قال "استوفيت حقي" ثمّ قال "أخذت بعضه" فالقول قول خصمه مع يمينه.**

لأنه يدّعي عليه الغصب وهو ينكر.

---

[1] ق : فلا يفيد
[2] شط : شرح الطحاوي
[3] ق : + حق
[4] ه : هداية

قال: **وإن قال "أصابني إلى موضع كذا فلم تسلمه إليّ" ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة.**

لأن الاختلاف في مقدار النصيب نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرناه من أحكام التحالف. ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه. لأنّه دعوى الغبن إلا إذا كانت القسمة بالقضاء والغبن فاحش. لأنّ قضاءه مقيّد بالعدل. ولو اقتسما داراً وزعم أحدهما أنّه أصابه بيت هو[1] في يد صاحبه فعليه إقامة البيّنة. فإن أقاما بيّنة فبينة المدّعي أولى. لأنّه خارج. وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا. وكذلك إذا اختلفا في الحدود وأقاما البيّنة يقضي لكلّ واحد بالجزء الّذي في يد صاحبه. وإن قامت لأحدهما بيّنة قضى له. وإن لم يقم لواحد منهما بيّنة تحالفا كما في البيع.

قال: **وإذا استحقّ بعض نصيب أحدهما بعينه لم يفسخ القسمة عند أبي حنيفة. ويرجع بحصته من ذلك في نصيب شريكه. وقال أبو يوسف ومحمد تفسخ القسمة.** [٣٤٤/أ] ه[2]

ذكر الاختلاف في استحقاق بعض[3] نصيبه بعينه. والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما. أما في المعيّن فلا يفسخ القسمة بالإجماع. ولو استحقّ بعض شايع في الكلّ تفسخ بالإجماع.[4] وذكر أبو سليمان قول محمد مع أبي يوسف. وأبو حفص مع أبي حنيفة. لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث فتبطل القسمة بغير رضاه كما إذا استحقّ في الكلّ. ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما. ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في الكلّ لتضرّر الثالث يتفرّق نصيبه في النصيبين. جش[5] ك[6] ولو وقع في نصيب أحدهما بناءً وفي نصيب الآخر ساحة بجنب البناء فأراد صاحب الساحة أن يبنى فيها ويسد الريح والشمس على الآخر فليس له المنع في ظاهر الرواية. وبه يفتى. وقال نصير والصفّار له المنع. وعلى هذ لو أراد أن يبني حماماً أو تنوراً أو إصطبلاً فله ذلك بلا خلاف. ولو انتفع وتعدى ضرره إلى البناء فعلى الخلاف. جت[7] جعل في داره حماماً ودخانه يزيد على دخان الجيران فلهم منعه. وكذا عن أبي يوسف في الزيادة على التنور. ولو جعلها حضيرة والجيران يتأذون بنتن السرقين لم يمنع. ولو جعل فيها

---

[1] ق : – هو
[2] ه : هداية
[3] ق : بعض استحقاق
[4] ق : – ولو استحقّ بعض شايع في الكلّ تفسخ بالإجماع
[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[6] ك : الكفاية للبيهقي
[7] جت : جمع التفاريق للبقالي

دواب وحوافرها إلى حائط جاره فله منعه. ولو حفر بئراً في[1] داره فنزّ[2] حائط جاره لم يكن له منعه. وقيل إذا كان يعلم لا محالة فله منعه. وعن ابن سلام في زراعة الأرز. وكذا عن نصير مثله قالوا وهذا خلاف قول أصحابنا. **جت**[3] ولو سقى أرضه فخرج الماء إلى أرض جاره ضمن ما تلف بسبب الماء. **فج**[4] سقى أرضه فانهدم به حائط جداره إن وصل إليه الماء ضمن والنزّ لا يضمن.

---

[1] ق : ذلك

[2] النز بفتح النون وكسرها ما يتحلب من الأرض من الماء وقد أنزت الأرض صارت ذات نز. الجوهري الصحاح ٦٨٨/١.

[3] جت : جمع التفاريق للبقالي

[4] فج : الفتاوى ابو جعفر



٦٠ . ٢ باب في المهايأة[1]

المهايأة جائزة استحساناً للحاجة كالقسمة. ولهذا يجري فيه جبر القاضي. لكن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة حتّى لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي. لو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثمّ طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة. ولا يبطل التهايئ بموت أحدهما ولا بموتهما إذ لو انتقض لا يستأنفه الحاكم فلا فائدة في نقضه. ولو تما ينافي دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفه وهذا علوها وهذا سفلها جاز كالقسمة. وإنّه إفراز لا مبادلة. ولهذا لا يشترط التأقيت. ولكل واحد[2] أن يشتغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه. ولو تمايئا [٤٤٣/ب] في عبد واحدٍ على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً أو في بيت صغير جاز. لأنّ المهايأة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان. ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان والمحل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا. لأنّه في المكان أعدل وفي الزمان أكمل. فإن اختاراه في الزمان يُقرع في البداية نفياً للتهمة. ولو تمايئا في عبدين على أن يستخدم هذا العبد والآخر بينهما جاز عندهما جبراً كالقسمة عندهما. وعنه روايتان.[3] ولو تمايئا فيهما على أن يفقه كلّ عبد على من يأخذه جاز استحساناً بخلاف شرط الكسوة للتسامع في النفقة دون الكسوة. ولو تمايئا في الدارين على أن يسكن كلّ واحد منهما إحديهما جاز. ويجبر القاضي عندهما خلافاً لأبي حنيفة كالقسمة. وعنه لا يجوز بالتراضي أيضاً. لأنّه بيع السكنى بالسكنى.[4] وفي ركوب الدابتين على هذا الوجه لا يجوز عنده لتفاوت الركاب في الرفق والخرق. وعندهما يجوز كالقسمة. والتهايئ في ركوب دابّة واحدة على هذا الخلاف بخلاف العبد. والتهايئ على الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر المذهب لعدم تغيّر علته غالباً. وفي العبد الواحد والدابّة الواحدة لا يجوز للتغيّر ظاهراً. ولو زادت الغلّة في نوبة أحدهما يشتركان في الفصل تحقيقاً للمعادلة بخلاف ما إذا كان التهايئ على المنافع والتهايئ بالاستغلال في الدارين جائز في الظاهر لما مرّ. ولو فضل

---

[1] ه : هداية
[2] ق : + منهم
[3] ق : + فيهما
[4] ق : - بالسكنى

غلّة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة. ويجوز بالاستغلال في العبدين عندهما خلافه. وكذا في الدابّتين. ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايئا على أن يأخذ كلّ واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز. لأنّها أعيان باقية. والحيلة فيه أن يبيع حصته من الآخر ثمّ يشتري كلّها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه. لأنّ قرض المشاع جائز. **جش**[1] **جت**[2] المهايأة على أن يسكن أحدهما الدار ويزرع الآخر الأرض أو يؤاجرها جاز. ويجوز في الرعي هذا شهراً وهذا شهراً. **شس**[3] التهايئ في الدارين على السكنى أو الغلّة جائز. قال الكرخي إنما يجوز برضا لا جبراً عند أبي حنيفة. والأظهر الجبر عند طلب أحدهما. **ط**[4] يجبران في الدابتين عنده خلافهما. **شب**[5] لا يجوز عنده ركوباً ولا استغلالاً. ثمّ في قسمة الدور لم يذكر المدّة. وفي قسمة العبيد والدوابّ بينهما وهو فيهما شرط. **شص**[6] لكلّ واحد منهما أن يبطل المهايأة من غير عذر في ظاهر الرواية. وعن محمد لا يفسخه إلا من عذر. **قد**[7] لا يحتاج إلى [٤٤٤/أ] بيان المدّة في صحّة عقد المهايأة.[8]

---

[1] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] شس : شرح السرخسي
[4] ط : المحيط
[5] شب : شرح بكر خواهر زاده
[6] شص : شرح الصباغي
[7] قد : شرح قدوري كبير
[8] ق : + والله تعالى أعلم



٦١ كتاب الإكراه



اعلم[1] أن الإكراه في اللغة الحمل على أمر يكرهه.[2] وفي الشريعة اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته. شق[1] وبغير الأحكام في بعض الأحوال. فقيل كلّ ما يؤثر فيه

كالتصرفات قولا فإنه لا يتصور تكلم المرء بلسان غيره وتأثير الإكراه في هذه التصرفات في انعدام الرضا من المكره بحكم الشبه. المبسوط

المرء يؤثر فيه الإكراه. وقيل ما أثر فيه شرط الخيار أثر فيه الإكراه لانتفاء الرضا أو الخلل فيه. وإنّما يتحقّق معناه إذا خاف المكره تحقيق ما توعده. وذلك أنما يكون من القادر والسلطان وغيره فيها سيان[2] عنده تحقّق القدرة فلهذا.[3]

---

[1] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

[2] سيان أي هما مثلان والواحد سي. تهذيب اللغة

[3] ... الفعل. الهداية ٣/٢٧٥.



٦١ . ١ باب شرائط الإكراه

قال المصنّف: **الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطاناً كان أو لصاً.**

وما قاله أبو حنيفة أن[1] الإكراه لا يتحقّق إلا من السلطان خلافهما.[2] اختلاف عصر وزمان لا حجّة وبرهان. لأنّه لم يكن قدرة الإكراه في زمنه إلا للسلطان. ثمّ بعد ذلك بغير الزمان وأهله ثمّ كما يشترط قدرة المكره لتحقّق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به بأن يغلب على ظنه[3] يفعله ليصير به محمولاً على الفعل الّذي دعى إليه.

قال: **وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شرى سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار. إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع.**

لأن شرط صحّة هذا العقد التراضي. قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[4] والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسخ بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم. لأنّه لا يبالي به عادة إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنّه يستضربه لفوات الرضا. وكذا الإقرار يحتمل الصدق والكذب فترجح الصدق حالة الرضا. وعند الإكراه يحتمل أنّه يكذب لدفع المضرة. جت[5] ولا يعتبر التهديد بالشتم. وأقلّ ما يعتبر في ركوب المحظور ونقل الضمان خوف ذهاب عضو من ضرب أو جوع. وقيل مقدّر بأربعين. قال محمد وهذا مما يتفاوت الناس فيه. ويعتبر في العقود والإقرار من الضرب والحبس والقيد ما يجيء منه الغم البين. والضرر أما ضرب يحتمله البدن فلا. وعن نصير عند الأمير إلا يخير. وإن

---

١ ق : - أن

٢ ف، ق : + فهذا

٣ ق : + أن ما

٤ النساء ٤/٢٩

٥ جت : جمع التفاريق للبقالي

خاف إلا أن يخاف القتل أو ضرباً يؤذي إلى مثله. **ث**[1] وكذلك إن خاف أن يأخذ ماله كلّه. **شس**[2] بقطع أصبع أو أنملة يتحقّق [٤٤٤/ب] الإكراه.[3] **ه**[4] ثمّ إذا باع مكرَهاً وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا. وعند زفر لا يثبت. لأنّه بيع موقوف. والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك. ولنا أنّه فات شرطه. وهو الرضا بعد وجود الركن فصار كسائر الشروط المفسدة فثبت الملك عند القبض حتّى لو أعتقه بعده أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه جاز. ويلزمه القيمة كسائر البياعات الفاسدة. وبإجازة المالك يتحقّق الشرط وهو الرضا فيجوز إلا أنّه لا ينقطع حقّ استرداد البيع. وإن تداولته الأيدي و لم يرض البائع به بخلاف البياعات الفاسدة.

قال **شب**[5] بيع المكره يخالف البيع الفاسد في أربعة مواضع.

أحدها أنّه يجوز بالإجازة.

والثاني أنّه ينقض تصرف المشتري منه.

والثالث أنّه يعتبر القيمة وقت الإعتاق دون القبض.

والرابع أن الثمن والمثمن أمانة في يد المكره. وفي الفاسد بخلافها. ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره حتّى ينقض بيع المشتري من غيره. لأنّ الفساد لفوت الرضا. ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين. ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل. ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه.

قال: **فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع.**

لأنه دلالة الإجازة كالموقوف. وكذا إذا سلم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع. لأنّه دليل الإجازة بخلاف ما إذا أكره على الهبة و لم يذكر الدفع فوهبه[6] ودفع حيث يكون باطلاً. لأنّ

---

[1] ث : أبو الليث

[2] شس : شرح السرخسي

[3] ... يسعه تناول ذلك لأنه لا يخاف على نفسه ولا على عضو من أعضائه بما هدده به إنما يغمه ذلك أو يؤلمه ألما يسيرا والإلجاء لا يتحقق به. المبسوط ٤٨/٢٤.

[4] ه : هداية

[5] شب : شرح بكر خواهر زاده

[6] ق : + له

مقصود المكره الاستحقاق لا مجرّد اللفظ. وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع.

قال: **وإن كان قبضه مكرهاً فليس بإجازة. وعليه رده إن كان قائماً في يده.**

لفساد العقد. وإن كان هالكاً لم يضمن.

قال: **وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته.** ه[1]

معناه هو البائع مكره. لأنّه مضمون عليه بحكم عقد فاسد.

قال: **وللمكره أن يضمن المكره إن شاء.**

لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف. فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب.

---

[1] ه : هداية



٦١. ٢ باب فيما يحلّ للمكره أن يفعل وما لا يحل

قال: **ومن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحلّ له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو عضو من أعضائه. فإذا خاف ذلك [٤٤٥/أ] وسعه أن يقدم على ما أكره عليه.**

وكذا على الميتة ولحم الخنزير. لأن هذه المحرّمات إنما تباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها. ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو العضو حتّى لو خيف على ذلك بالضرب يباح له.

قال: **ولا يسعه أن يصير على ما توعد به. فإن صبر حتّى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم.**

لأنه لما أبيح له التناول كان بالامتناع معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة. وعن أبي يوسف أنّه لا يأثم. لأنّه رخصة فيكون المحرم قائماً فيكون أخذاً بالعزيمة. قلنا حالة الإضطرار مستثناة بالنصّ فلا محرم في المستثنى فكان إباحةً. لكنّه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة. لأنّ في الكشّاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل. شج[١] مثله .

قال: **وإن أكره على الكفر بالله عز وجلّ أو بسبّ النبي ﷺ بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتّى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو عضو من أعضائه.**

لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر ففي الكفر أولى. لأنّه موجب شرب الخمر الجلد. وموجب الكفر القتل فلا يباح صورته بما[٢] دونه.

قال: **فإذا خاف ذلك وسعه أن يُظهر ما أمروه به ويوري. فإن أظهر ذلك ﴿ وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾[١] فلا مأثم عليه.**

---

[١] شج : شرح الجلالي

[٢] ق : + هو

لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه ابتلي به. وقد قال عليه السلام « **كيف وجدت قلبك قال مطمئناً بالإيمان. قال فإن عادوا فَعُدْ** »[2] وفيه نزل قوله تعالى ﴿ **إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان** ﴾[3] ولأنّ بهذا الإظهار لا يفوت حقيقة الإيمان. وهو الاعتقاد والتصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه.

قال: **فإن صبر حتّى قُتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً.**

لأن خُبيباً رضي الله عنه صبر عن ذلك حتّى صلب وسماه رسول الله « **سيّد الشهداء** »[4] وقال في مثله « **هو رفيقي في الجنة** »[5] ولأنّ الحرمة باقية. والامتناع لإعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء.

٦١. ٢. ١. فصل الإكراه على إتلاف مال مسلم

قال: **وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك.**

لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة

قال: **ولصاحب المال أن يضمن المكره.**

لأنّ المكره آلة للمكره في الإتلاف. **سبج**[6] أكره على أن يشتم مسلماً أو يستهلك مالاً. فإن فعل فهو مأمور. وإن لم يفعل حتّى قُتل فهو مأجور. **شصد**[7] قال لأقتلنك أو لتضربنه سوكاً أو تحلقن رأسه أو لحيته أو تحبسه في السجن أو يقيده رجوت أن لا يكون آثماً في فعله وفي تركه. ولو أكرهه على [٤٤٥/ب] ذلك بقيد أو حبس أو حلق رأس أو لحيته أو ضرب سوط لا يباح شيء من هذا ويأثم في فعله. ولو أن رجلاً خيف عليه الهلاك من عطش أو جوع فرآه آخر ومع ثالث طعام أو شراب لا يدفعه إليه. فلهذا الرائي أن يأخذ منه الطعام والماء ويدفعه إلى المضطر. ولو لم يأخذه مع القدرة حتّى مات لا يأثم. **شس**[8] ويضمن ما أخذ. ويستحبّ أن لا يمتنع من الأخذ. فإن خاف على نفسه من العطش فلا بأس بأن يشرب من الخمر ما يرد عطشه. وإن كان مع رفيقه ماء كثير فأبى أن يسقيه حلّ له أن يقاتله بما دون

---

[1] النحل ١٦/١٠٦

[2] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢/٣٨٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢٠٦.

[3] النحل ١٦/١٠٦

[4] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢٠٧.

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤/٢٠٧.

[6] سبج : اسبيجابي

[7] شصد : شرح صدر القضاة

[8] شس : شرح السرخسي

السلاح. وفي الماء المباح حلّ له أن يقاتله بالسلاح إذا منعه. وفي الطعام لا يحلّ له أن يقاتله. لكن يغصبه إياه إن استطاع ويعطيه قيمته. وإن كان الرفيق الّذي معه الماء يخاف على نفسه الموت إن لم يحرز الماء فإنّه يأخذ بعضه. جش[1] المكره بأخذ المال إنما[2] لا يضمن إذا نوى وقت الأخذ أنّه يرده على صاحبه. وإلا فيضمن. وإذا اختلف المالك والمكره في النيّة فالقول للمكره مع يمينه ولا يضمن. شس[3] المكره على الأخذ والدفع إلى المكره إنما يسعه ما دام[4] حاضراً عند المكره. فإن كان أرسله ليفعل فخاف إن ظفر يفعل ما توعده لم يحلّ له الإقدام على ذلك لزوال القدرة والإلجاء بالبعد منه. وبهذا تبين أنّه لا عذر لأعوان الظلمة في أخذ الأموال من الناس عند غيبة الأمرين. وتعللهم بأمرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر إلا أن يكون رسول الآمر معه على أن يرده عليه فيكون بمنزله حضور الآمر.

٦١. ٢. ٢. فصل الإكراه على قتل غيره

قال: **وإن أكره بقتل[5] على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتّى يقتل. فإن قتله كان آثماً. والقصاص على الّذي أكرهه إن كان القتل عمداً.**

لأن قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما. فكذا بهذه الضرورة ووجوب القصاص على المكره دون المكره قول أبي حنيفة ومحمد. وقال زفر يجب على المكره دون المكره. وقال أبو يوسف لا يجب عليهما. وقال الشافعي يجب عليهما لزفر أن الفعل وجد من المكره حقيقة وحساً وحكماً في حقّ الإثم فيجب القصاص عليه. وللشافعي وجب على المكره باعتبار الحقيقة. والمكره باعتبار التسبيب. ولأبي يوسف شبهة العدم في حقّ كلّ واحد منهما يمنع القصاص. ولهما أن المكره محمول على القتل بطبعه إثياراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له. وهو القتل بأن يلقيه عليه فيقتله. ولا يصلح آلة له في الجناية على ديته [٤٤٦/أ] فبقي الفعل مقصوراً على المكره في حقّ الإثم كما قلنا في الإكراه على الأعيان. وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الإتلاف دون الذكاة حتّى تحرم كذا هذا.

٦١. ٢. ٣. فصل الإكراه على طلاق أو عتق

قال: **وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا.**

---

[1] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[2] ق : – إنما
[3] شس : شرح السرخسي
[4] ق : إذا كان
[5] ق : – بقتل

خلافاً للشافعي. وكذا التزوّج كسائر العقود ولنا قوله ﷺ « **كلّ طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمجنون** »[1] والحديث المشهور « **ثلاث جدهن جدّ** »[2]

قال: **ويرجع على الّذي أكرهه بقيمة العبد.**

لأ المكره آلة له في الإتلاف على ما مرّ فله أن يضمنه موسراً كان أو معسراً. ولا سعاية على العبد. ولا يرجع المكره على العبد بالضمان. لأنّه مؤاخذ بإتلافه.

قال: **وبنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول وبالمتعة إذا لم يكن في العقد مسمى.**

لأن ما لزمه كان على شرف السقوط بأن جائت الفرقة من قبلها. وإنّما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً من هذا الوجه فيضاف إلى المكره لما مرّ بخلاف ما إذا دخل.[3] لأنّ المهر يقرّر بالدخول لا بالطلاق. ه[4] ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً. ويرجع على المكره والنذر لا يعمل فيه الإكراه فيلزمه. لأنّه لا يحتمل الفسخ. ولا رجوع على المكره بما لزمه. لأنّه لا مطالب له في الدنيا. وكذا اليمين والظهار والرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان. وكذا الخلع. لأنّه من جانبه طلاق أو يمين. فلو أكره على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام. جش[5] شس[6] أكره بوعيد تلف عضو حتّى خلع امرأته بألف بعد الدخول ومهرها أربعة آلاف وهي غير مكرهة فالخلع واقع وعليها ألف ولا يضمن المكره. ولو أكرهها بوعيد تلف أو حبس حتّى قبلت تطليقها من زوجها بألف فالطلاق رجعي. ولا شيء عليها من المال. ولو هزلت بقبول الطلاق بمال واتّفقا على ذلك لا يقع شيء عند أبي حنيفة ما لم ترض بالتزام المال. وعندهما الطلاق واقع والمال لازم. ولو كان مكان الطلاق حلف بألف فالطلاق بائن ولا شيء عليها.

٦١. ٢. ٤. فصل الإكراه على الزنا

قال: **وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان. وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه الحدّ.**

لأنه يسقط بالشبهات. والإكراه من أعظم الشبهات. وله أن الإكراه لا يتصوّر فيه. لأنّ الوطئ لا يحصل إلا بانتشار الآلة. ولا يتصوّر الإكراه في الانتشار فكان طائعاً فيجب الحدّ إلا أن يكره السلطان. لأنّ

---

[1] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢٢١؛ العسقلاني "**الدراية**" ٢/٦٩.

[2] أبو داود السنن "**طلاق**" ٩؛ الترمذي السنن "**طلاق**" ٩؛ ابن ماجه السنن "**طلاق**" ١٣.

[3] ق : + به

[4] ه : هداية

[5] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[6] شس : شرح السرخسي

إقامة الحدّ إليه. وهو الّذي حمله عليه وقتل بأن السلطان متى أكرهه [٤٤٦/ب] قد فسق فانعزل فلم يبق له إقامة الحدّ.

قال: **وإن أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه.**

لأن الردّة تتعلّق بالاعتقاد. واعتقاده باق على ما كان ﴿ **وقلبه مطمئن بالإيمان** ﴾[1] والقول قوله فيه استحساناً بخلاف الإكراه على الإسلام. فإنّه يحكم بإسلامه. لكن لو رجع لم يقتل لتمكن الشبهة. ولو قال المكره على الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكماً لا ديانة. ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى ثابت ديانة وقضاءً. وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسبّ محمد ﷺ ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدً آخر بانت قضاء لا ديانة. ولو صلّى للصليب وسبّ محمداً وخطر بباله الصلاة وسبّ غير النبي ﷺ بانت ديانة وقضاءً.[2]

---

[1] النحل ١٠٦/١٦

[2] ق : + والله تعالى أعلم



٦٢ كتاب السير



اعلم[1] أن السير[2] جمع سيرة. وهي الطريقة في الأمور. وفي الشرع يختصّ بسير النبي عليه السلام في مغازيه.[3] والغزو والجهاد تارة يكون فرضاً من فروض الأعيان يخاطب بهما كافّة المسلمين من أهل الإيمان

يسلمون. المبسوط١٠/٢.

وتارة يكون[١] من فروض الكفاية تقع الغير في السعة بأهل الكفاية. وابتداء المصنّف بالقسم الثاني. لأنّه أعمّ فكان البداية به أهمّ.

قال: **الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين.**

أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿ **فاقتلوا المشركين** ﴾[٢] ولقوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفّار** ﴾[٣] وقال تعالى ﴿ **وقاتلوا المشركين كافّة** ﴾[٤] وقوله ﷺ « **الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة** »[٥] أراد به فرضاً باقياً. وإنّما كان على الكفاية. لأنّه إنما فرض لإعزاز دين الله وإعلاء كلمة الإخلاص. وإليه وقعت الإشارة بقوله ﷺ « **أُمرت أن أُقاتِلَ الناسَ حتّى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها فقد اعتصموا من دماؤهم وأموالهم إلا بحقها** »[٦] ودفع الشرّ عن العباد. قال الله تعالى ﴿ **وقاتلوهم حتّى لا يكون فتنة ويكون الدين كلّه لله** ﴾[٧] فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام.

قال: **فإن لم يقم به أحد ثمّ جميع الناس بتركه.**

لأن الوجوب على الكلّ. فالحاصل أن في ترك الكلّ تعطيل مفروض الجهاد وفي اشتغال الكلّ قطع مادّة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية إلا أن يصير النفير عاماً.

---

١ ق : - يكون

٢ التوبة ٩/٥

٣ التوبة ٩/١٢٣

٤ التوبة ٩/٣٦

٥ أبو داود السنن "**جهاد**" ٣٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩/١٥٦.

٦ البخاري الصحيح "**زكاة**" ١؛ مسلم الصحيح "**إيمان**" ٨؛ أبو داود السنن "**زكاة**" ١؛ الترمذي السنن "**إيمان**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**زكاة**" ٢؛ ابن ماجه السنن "**فتن**" ١.

٧ الأنفال ٨/٣٩



١.٦٢ باب في كيفية القتال

قال: **وقتال الكفّار واجب وإن لم يبدأونا.** [٤٤٧/أ]

لإطلاق ما تلونا من الآية والحديث في السير الكبير فرض على الإمام أن لا يخلي ثغراً من ثغور المسلمين من الغزاة والمجاهدين ليذبوا عن حريم المسلمين. ويجب عليه أن يبعث السرية إلى دار الحرب كلّ سنة مرّة أو مرتين للغزو والقهر. وإن احتاج إلى معونة فعلى الرعية أن يعينوه.[1] وإن أخذ الخراج و لم يبعث فلا حرج في ترك الإعانة وكل الإثم على الإمام. **شب**[2] من شرط إباحة القتال مع الكفرة أو البغاة رجاء القوّة على مقاتلتهم باجتهاده أو باجتهاد من يعتمد على رأيه وإلا لا يقاتلهم. ولو حمل على جمع عظيم من الكفّار ويعلم يقيناً أو غالباً أنّه يقتل لا بأس إذا علم أو غلب على ظنه أنّه يتكافئهم. وإلاّ فلا يباح بخلاف الأمر بالمعروف. وإنّه يباح حينئذ.

قال: **ولا يجب الجهاد على صبي ولا عبد ولا امرأة ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع.**

لأنهم ليسوا من أهل القتال لعجزهم عنه ولتقدم حقّ المولى والزوج في العبد والمرأة.

قال: **فإن هجم العدوّ على بلد وجب على جميع الناس[3] الدفع. تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن مولاه.**

لأنه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يمنع فروض الأعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير. لأنّ بغيرهما مقنعاً وكفاية. فلا ضرورة إلى إبطال حقّ المولى والزوج. ويكره الجعل ما

---

[1] ... للمسلمين. المبسوط ٢٠/١٠.

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] ق : المسلمين

دام للمسلمين فيء. فإن لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً للضرورة. ألا يرى؟ « **أنّه ﷺ أخذ دروعاً من صفوان وعمر كان يعزي الأغرب عن المتأهل ويعطي الشاخص فرس القاعد** »[1]

قال: **وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام. فإن أجابوا كفّوا عن قتالهم.**

لحصول المقصود ولقوله ﷺ « **أمرت أن أقاتل الناس حتّى يقولوا لا إله إلا الله** »[2]

قال: **فإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به.**

« **أمر النبي ﷺ أمراء الجيوش** »[3] وإليه وقعت الإشارة بقوله تعالى ﴿ **قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر** ﴾[4] إلى أن قال تعالى ﴿ **حتّى يُعطوا الجزية** ﴾[5] وهذا في حقّ من يقبل منه الجزية. ومن لا يقبل منه كالمرتدّين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية. لأنّه لا تقبل منهم إلا الإسلام. قال تعالى ﴿ **تقاتلونهم أو يسلمون** ﴾[6] وقال ﷺ « **لا تقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف** »[7]

قال: **فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم.**

لقوله ﷺ لأمراء السرايا « **وإذا حاصرتم مدينة أو حصناً فادعوهم إلى الإسلام فإن أجابوكم فاقبَلوا منهم وكُفُّوا عنهم** »[8]

---

[1] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٧٧/٣؛ العسقلاني "**الدراية**" ١١٤/٢ بلفظ "حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ دروعا من صفوان أبو داود والنسائي وأحمد والحاكم من حديث صفوان وسيأتي الكلام عنه في العارية قوله

[2] أبو داود السنن "**زكاة**" ١؛ الترمذي السنن "**إيمان**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**زكاة**" ٢؛ ابن ماجه السنن "**فتن**" ١.

[3] أبو داود السنن "**جهاد**" ٨٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٥٢/٥؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٧٥/٦؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٨٤/٩.

[4] التوبة ٢٩/٩

[5] التوبة ٢٩/٩

[6] الفتح ١٦/٤٨

[7] نيل الأوطار ١١٠/٨.

[8] مسلم الصحيح "**جهاد**" ٣؛ أبو داود السنن "**جهاد**" ٨٢؛ الترمذي السنن "**فضائل الجهاد**" ٤٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٥٢/٥؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٥/٩.

قال: [٤٤٧/ب] **فإن أبوا فادعوهم إلى الذمّة فإن أجابوكم فكفوا عنهم وأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين. ولا يجوز أن يقاتل من لم يبلغه دعوة الإسلام إلا بعد أن يدعوه.**

لقوله ﷺ في وصيته لأمراء الأجناد « **فادعوهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله** »[1] ولأنهم متى علموا أنهم يقاتلون لأجل الدين لا لنيل الأموال وسبي الذراري لعلهم يجيبون. ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العصمة.

قال: **ويستحبّ أن يدعو من بلغته الدعوة. ولا يجب ذلك.**

لأنه ﷺ « **أغار على بني المصطلق[2] وهم غارُّون** »[3]

قال: **فإن أبوا استعانوا بالله تعالى عليهم وحاربوهم.**

لقوله ﷺ في آخر ما روينا من الحديث في الجزية « **فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولأنّه تعالى هو الناصر لأوليائه فليستعن بالناصر** »[4]

قال: **ونصبوا عليهم المجانيق وحرقوهم وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم.**

كسراً لشوكتهم وتفريقاً لجماعتهم. وبها وردت الآثار.

قال: **ولا بأس برميهم وإن كان فيهم أسير مسلم أو تاجر.**

لأن فيه دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضه الإسلام. وقيل الأسير والتاجر ضرر خاصّ ولأنّه ما من حصن إلا وفيه مسلم بالسبي أو للتجارة. فلو امتنع بسببه ينسد باب الجهاد.[5]

---

[1] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٧٢/٥.

[2] وبنو المصطلق هم بنو جذيمة بن سعد بن عمرو بن ربيعة بطن من خزاعة من القحطانية واسم المصطلق جذيمة. عمر رضا كحالة، معجم قبائل العرب ١١٠٤/٣، ١١٠٥.

[3] البخاري الصحيح "**عتق**" ١٣؛ مسلم الصحيح "**الجهاد والسير**" ١؛ أبو داود السنن "**جهاد**" ١٠٠؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٧١/٥.

[4] الترمذي السنن "**سير**" ٤٨؛ ابن ماجه السنن "**جهاد**" ٣٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**"

[5] الظن. فتح القدير ٤٤٩/٥.

قال: **وإن تترّسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم ويقصدون بالرمي الكفار.**

لأنه إن تعدد التميّز فعلاً فقد أمكن قصداً والطاعة بحسب الطاقة. وما أصابوه منهم[1] لا دية عليهم ولا كفّارة. لأنّ الجهاد فرض. ولا تجب الغرامات بإتيان الفروض بخلاف حالة المخمصة. لأنّه لا[2] يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه. ويمتنع عن الجهاد مخافة الضمان.

قال: **ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين[3] إذا كان عسكراً عظيماً يؤمن عليه.**

لأن الغالب هو السلامة والغالب المتحقّق.

قال: **ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها.**

لأن فيه تعريض النساء على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف. وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام « **لا تُسافِروا بالقرآن في أرض العدوّ** »[4] ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس أن يحمل المصحف معه إذا كانوا قوماً يفوت بالعهد. والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لما يليق بهنّ من عمل الطبخ والسقي والمداواة. فأما الشواب فقرارهنّ في البيوت أدفع للفتنة ولا يقاتلن. لأنّه يستدلّ به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة. ولا يستحبّ إخراجهن للمباضعة والخدمة. وإن لم يكن منها بدّ فبالإماء دون [٤٤٨/أ] الحرائر.

قال: **ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده.**

لما بيّنا

قال: **إلا أن يهجم العدوّ**

للضرورة. جت[5] ولا يخرج إلى الجهاد حتّى يستأذن أبويه ولهما أن لا يأذناه.

قال: **وينبغي للمسلمين أن لا يعذروا ولا تغلوا ولا تمثلوا.**

لقوله عليه السلام « **لا تعذروا ولا تغلوا ولا تمثلوا** »[1]

---

[1] ق : بينهم

[2] ف : – لا

[3] ف : – مع المسلمين

[4] البخاري الصحيح **"جهاد"** ١٢٩؛ مسلم الصحيح **"عمارة"** ٩٢؛ أبو داود السنن **"جهاد"** ٨١؛ ابن ماجه السنن **"جهاد"** ٤٥؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢/٧؛ مالك الموطا **"جهاد"** ٩٦٢.

[5] جت : جمع التفاريق للبقالي

قال: **ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا أعمى ولا مقعداً.**[2]

خلافاً للشافعي في الشيخ والمقعد والأعمى لكفرهم. ولنا أن المبيح عندنا هو الحراب[3] لقوله تعالى **﴿ وقاتلوا المشركين كافّة كما يقاتلونكم كافّة ﴾**[4] ولهذا لا يقتل يابس الشقّ والمقطوع اليمنى ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف بلا خلاف وهم ليسوا من أهل الحراب. وروي « **أنّه ﷺ نهى عن قتل الصبيان والذراري ولما رأى امرأة مقتولة فقال "هَاهْ ما كانت هذه تُقاتِل فلِمَ قتلت** »[5] وفيه إشارة إلى معنى الحراب.

قال: **إلا أن تكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب أو تكون المرأة ملكة**

لتعدي ضرره إلى العباد كالساعي في الأرض بالفساد. وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء غير أن الصبي والمجنون لا يقتلان ما داما يقاتلان. ولا بأس بقتل غيرهما بعد[6] الأسر. وما كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح. **جص**[7] ويكره أن يبتدئ أباه من المشركين فيقتل لقوله تعالى **﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾**[8] فلو أدركه يمتنع عليه ليقتله غيره. وإن قصد قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس بقتله كالأب المسلم إذا فعل ذلك وبل أولى.

قال: **ولا يقتل مجنون.**

لأنه ليس من أهل العقوبة. والسلاح فيجب على الكفاية إلا أن يصير النفير عاماً.

---

[1] أبو داود السنن **"جهاد" ٨٢**؛ الترمذي السنن **"ديات" ١٤**؛ ابن ماجه السنن **"جهاد" ٣٨**؛ مالك الموطا **"جهاد" ٩٦٦**؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٣٠٠/١.

[2] أبو داود السنن **"جهاد" ٨٢**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٩٠/٩** بلفظ "لا تقتلوا وليدا ولا النساء ولاالشيخ الكبير"

[3] ف، ق : الحرب

[4] التوبة ٣٦/٩

[5] أبو داود السنن **"جهاد"** ١١؛ ابن ماجه السنن **"جهاد" ٣٠**؛ أحمد بن حنبل **"المسند" ١١٥/٢**؛ الزيلعي **"نصب الراية" ٣٩٦/٣**.

[6] ف، ق : بغير

[7] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[8] لقمان ١٥/٣١



٦٢. ٢ باب في الموادعة والأمان

قال: **وإن رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به.**

لقوله تعالى ﴿ **وإن جنحوا للسلْم فاجنحْ لها** ﴾[1] ووادع رسول الله ﷺ أهل مكّة عام الحديبية على أن يضع بينه وبينهم عشر سنين.

قال: **فإن صالحهم مدّة ثمّ رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم وقاتلهم.**

لـ« **أنّه ﷺ نبذ تلك الموادعة مع أهل مكّة** »[2] وفيه نزلت سورة براءة. ولأنّ المصلحة لما تبدلت صار النبذ جهاداً صورة ومعنى. والمصالحة جهاد معنى لا صورة. ولا بدّ من النبذ تحرّزاً عن الغدر. ولا بدّ من اعتبار مدّة يمكن تبليغ خبر النبذ إلى جميعهم بأن يسمعه ملكهم. ويمكنه إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته.

قال: **فإن بدؤوا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتّفاقهم.**

قلت معناه بدؤوا بخيانة باتّفاقهم. لأنّهم نقضوا العهد بالخيانة فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا [٤٤٨/ب] قطع جماعة منهم الطريق. ولا منفعة لهم حيث لا يكون نقضاً. ولو قاتلوا المسلمين علانية ولهم منعه فهو نقض في حقّهم دون غيرهم. لأنّه بغير إذن ملكهم. وإن كان بإذنه فهو نقض في حقّ الكلّ. هـ[3] ولو أخذ من أهل الحرب مالاً بالموادعة جاز كالموادعة بلا مال. وبل أولى. وللإمام أن يوادع المرتدّين لينظر في حالهم رجاء الإسلام. ولا يأخذ عليه مالاً. لأنّه لا يجوز أخذ الجزية. ولو أخذه لم يرده عليهم لزوال عصمة أموالهم. ولو حاصر العدوّ المسلمين فطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل

---

[1] الأنفال ٨/٦١

[2] الزيلعي "نصب الراية" ٣/٣٩٠.

[3] ه : هداية

الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بالمسلمين إلا إذا خاف الهلاك. لأنّ دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن.

قال: **وإن خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار.**

لقوله ﷺ في عبيد طائف لما خرجوا إليه « **أولئك عتقاء الله** »[1]

قال: **ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام.**

لقوله ﷺ في طعام خيبر « **كلوها واعلفوها ولا تحملوها** »[2] وهذا عند الحاجة. وفي الإباحة بغير حاجة روايتان. والطعام كالخبز واللحم والسمن والزيت ونحوها.

قال: **ويشتغلوا الحطب ويدهنوا بالدهن.**

وفي بعض النسخ ويستعملوا الحطب لمساس الحاجة إليه. ه[3] ويوقحوا به الدابة.[4]

قال: **ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كلّ ذلك بغير قسمة.**

وتأويله إذا احتاج إليه بأن لا يكون له سلاح ثمّ يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه. وكذا الثياب.

قال: **ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك ولا يتمولونه.**

لأنه لا يملكونه بعد. ولكن أبيح له الانتفاع للحاجة. وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لعدم الضرورة. فإن باعه أحدهم ردّ ثمنه إلى الغنيمة. وأما الثياب والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة.

قال: **ومن أسلم منهم أحرز بإسلامه نفسه وأولاده الصغار.**

لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً.

قال: **وكلّ مال هو في يده أو وديعةً في يد مسلم أو ذمي.**

لقوله ﷺ « **من أسلَم على مالٍ فهو له** »[1] والوديعة عندهما في يده حكماً وقوله ﷺ « **أمُرت أن أقاتل الناس** »[2] الحديث.

---

[1] البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٠/٣٠٨؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٢٨١.

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٤٠٩.

[3] ه : هداية

[4] يدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك. الهداية ٢/١٤٤.

قال: **فإن ظهرنا على الدار فعقاره فيء وزوجته وحملها فيء وأولاده الكبار فيء.**

وأما العقار فمذهبنا. وقال الشافعي وهو قول محمد وأبي يوسف أولاً هو له. لأنّه في يده كالمنقول. ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها. لأنّه من حمله دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة. وأما الزوجة فلأنها كافرة حربية لا يتبعه [٤٤٩/أ] في الإسلام وحملها جزء منها فيتبعها خلاف الشافعي وأولاده الكبار حربيون لا يتبعونه في إسلامه.

قال: **ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم.**

لأن فيه إعانة لهم. وقال تعالى ﴿ **ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾[٣]

قال: **ولا يفادون**[٤] **بالأسرى عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يفادى بهم أسارى المسلمين ولا يجوز أن يمنّ عليهم.**

تحصيلاً لمصلحة المسلمين. وله أن في المفاداة تكثير السواد الكفرة. وفي التركة رجاء إسلامهم والمفاداة بالمال[٥] لا يجوز في ظاهر المذهب. وفي شك يجوز إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأساري بدر. ولو أسلم الأسير لا يفادى لمسلم أسير إلا إذا طابت به نفسه. وهو مأمون على إسلامه.

١.٢.٦٢ فصل فتحِ الإمام بلداً عنوةً

قال: **وإذا فتح الإمام بلداً عنوةً.**

أي قهراً.

قال: **فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين. وإن شاء أقرّ أهله عليه ووضع الخراج عليهم.**

وكذا على أراضيهم. أما القسمة فقد فعله رسول الله ﷺ بخيبر. وأما الثاني فقد فعله عمر رضي الله عنه بسواد العراق باتّفاق الصحابة. لكن الأفضل هو الأوّل عند حاجة الغانمين. والثاني عند عدم الحاجة. وهذا في العقار. أما في المنقول المجرّد لا يجوز المن عليهم بالرّدّ. لأنّه لم يرد به الشرع. وقال الشافعي لا يجوز المن[٦]

---

[١] الزيلعي **"نصب الراية"** ٣/٤١٤؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٩/١١٣ .

[٢] البخاري الصحيح **"زكاة"** ١؛ مسلم الصحيح **"إيمان"** ٨؛ أبو داود السنن **"زكاة"** ١؛ الترمذي السنن **"إيمان"** ١؛ النسائي السنن الكبرى **"زكاة"** ٢؛ ابن ماجه السنن **"فتن"** ١.

[٣] المائدة ٥/٢

[٤] ف : لا يفدون

[٥] ف : - بالمال

[٦] ف : + عليهم

في العقار لتضمنه إبطال حقّ الغانمين. والحجّة عليه ما رويناه. وإن منَّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل.

قال: **وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم وإن شاء استرقّهم وإن شاء تركهم أحراراً ذمّة للمسلمين.**

لأنه ﷺ قتل البعض منهم يوم بدر واسترقّ البعض وترك أصحاب رسول الله ﷺ أهل سواد العراق أحراراً ذمّة للمسلمين إلا مشركي العرب والمرتدّين على ما مرّ.

قال: **ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب.**

لأن فيه تقويتهم على المسلمين. فإن أسلموا لا يقتلهم لما مرّ من الحديث ولاندفاع الشرّ بدونه. ه[1] وله أن يسترقّهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لعدم السبب.

قال: **وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها قبل الأخذ.**

لعدم السبب.

قال: **وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها.**

وقال الشافعي يتركها لنهي النبي ﷺ عن ذبح الشاة إلا لمأكله. ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح. ولا غرض أصحّ من كسر شوكة الأعداد ثمّ يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفّار لتخريب البنيان بخلاف العقر والتحريق قبل الذبح للنهي. وتحرق الأسلحة أيضاً. وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يجده الكفار.

---

[1] ه : هداية



٦٢. ٣ باب في قسمة الغنيمة

قال: **ولا يقسم [٤٤٩/ب] غنيمة في دار الحرب حتّى يخرجها إلى دار الإسلام.**

وقال الشافعي لا بأس بذلك. وأصله أن الملك للغانمين لا تثبت قبل لإحراز بدار الإسلام عندنا. وعنده تثبت. ويبتنى عليه مسائل له أن الاستيلاء على مال مباح سبب للملك كما في الصيود. ولنا « **أنّه** ﷺ **نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب** »[1] وإنّه مختلف فيه. ولأنّ القسمة بيع معنى فيدخل تحته ثمّ قيل موضع الخلاف ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد. لأنّ حكم الملك لا يثبت بدونه. وقيل الكراهة. وهي كراهة تنزيه عند محمد. فإنّه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز. وعند محمد الأفضل أن يقسم في دار الإسلام.

قال: **والرد والعسكر سواء.**

لاستوائهم في السبب. وهو المجاوزة أو شهود الوقعة. وكذا إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا. قلت ولا بدّ من معرفة دار الإسلام ودار الحرب. ذكر في السير الكبير دار الحرب الأرض الّتي يخاف[2] فيها المسلمون من أرض العدوّ. ودار الإسلام ما غلب عليها المسلمون وكانوا فيه آمنين. **شب**[3] **سبج**[4] دار الحرب تصير دار الإسلام بشرط واحد. وهو إظهار حكم الإسلام فيها. ودار الإسلام تصير دار الشرك بإظهار أحكام الشرك فيها عندهما. وعند أبي حنيفة لا تصير دار الحرب إلا بثلاث شرائط. إحديها هذه. والثانية أن لا يبقى فيها مسلم أو ذمي أمن بأمان الأول. والثالثة الاتّصال بدارا لحرب ليس بينها وبين دار الحرب مصر للمسلمين حتّى لو غلب المرتدون على مدينتهم وفيها قوم من المسلمين أمنون وارتدت

---

[1] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٤٠٨.
[2] ف : - يخاف
[3] شب : شرح بكر خواهر زاده
[4] سبج : اسبيجابي

نساؤهم ثمّ ظهر عليهم المسلمون فنساؤهم وذرايتهم في عندهما.[1] وليس بفيء عن أبي حنيفة بناءً على ما ذكرنا.

قال: **وإذا لحقهم في دار الحرب مدد قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها**.

خلافاً للشافعي بعد انقضاء القتال. وهو بناءً على ما ذكرنا من الأصل. وإنّما ينقطع حقّ المشاركة عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو بتبعة الغنائم فيها.

قال: **ولا حقّ لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا**.

وقال الشافعي في أحد قوليه يُسهم لهم لقوله ﷺ لغنيمة لمن شهدوا الوقعة ولأنّه كثر سواد المجاهدين كالرد. ولنا أنّه لم يوجد المجاوز ولا شهود الوقعة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر. فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال. فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال. وتأويل ما رواه أن يشدها على قصد القتال.

---

[1] ق : - عندنا



٦٢. ٤ باب الأمان

٦٢. ٤. ١ فصل في ألفاظ الأمان جش[1]

ألفاظ الأمان قوله للحربي لا يخف أو لا يذهل أو مترسيت[2] أو لكم [٤٥٠/أ] عهد الله أو ذمّة الله أو قال اسمع كلام الله. شك[3] والإشارة بالأصبع أيماناً أمان استحساناً خلاف أبي حنيفة.

قال: **وإذا أمن رجل حراً وامرأة حرّة كافراً أو جماعةً أو أهل حصن أو مدينة صحّ أمانهم. ولا يجوز لأحد من المسلمين قتلهم.**

لقوله ﷺ « **المسلمون يتكافأُ دِماؤُهم ويسعى بذمتهم أدناهم** »[4] ه[5] أي أقلّهم وهو الواحد. ولأنّه من أهل القتال والمنعة فيصح لملاقاته محله ثمّ يتعدى إلى غيره. ولأنّ سببه لا يتجزئ وهو الإيمان. فكذا الأمان فيتكامل كولاية الإنكاح.

قال: **إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم الإمام.**

كما إذا أمن الإمام بنفسه ثمّ رأى المصلحة في النبذ ولو حاصر الإمام حصناً ثمّ آمن واحد من الجنس وفيه مفسدة ينبذ إليهم الإمام ويؤديه. لافتياته على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر. لأنّه ربما لا يكون التأخير مصلحة فيعذر.

---

[1] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[2] ... للكفار. المبسوط ١٣٠/١٠.

[3] شك : شرح السير الكبير

[4] أبو داود السنن **"جهاد"** ١٤٧؛ ابن ماجه السنن **"ديات"** ٣١؛ النسائي السنن الكبرى **"قسامة"** ١٣؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٩٢/٢.

[5] ه : هداية

قال: **ولا يجوز أمان ذمي ولا أسير ولا أمان التاجر الّذي يدخل إليهم.**

لتهمة الميل أو الخوف. ولأنّ الأسير والتاجر مقهوران تحت أيديهم. وقد يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ظاهراً فلا يصحّ. ولأنّ صحّة أمانهما يؤدي إلى سد باب الفتح. ومن أسلم في دار الحرب و لم يهاجر إلينا لا يصحّ أمانه لما بيّنّا.

قال: **ولا يجوز أمان العبد عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال.**

وقال محمد والشافعي يجوز. وعن أبي يوسف روايتان لمحمد. قوله ﷺ « **أمان العبد أمان** »[1] واعتباراً بالمأذون. ولأبي حنيفة أنّه محجور عن القتال فلا يصحّ أمانه. لأنّهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله بخلاف المأذون في القتال. ولو آمن صبي لا يعقل لا يصحّ كالمجنون. وإن كان يعقل فعلى الخلاف إذا كان محجوراً. وإن كان مأذوناً في القتال فالأصح أنّه يصحّ بالاتّفاق.

قال: **وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها.**

لتحقّق الاستيلاء على مال مباح. وإنّه سبب[2] الملك.

قال: **فإن غلبنا على[3] الترك حلّ لنا ما نجده من ذلك.**

اعتباراً بسائر أملاكهم.

قال: **وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها.**

وقال الشافعي لا يملكونها. لأنّ الاستيلاء محظور ابتداءً وانتهاءً فلا تنعقد سبباً للملك كالغصب.[4] ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح. وإنّه سبب الملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم.[5] لأنّ الأصل في الأموال هو الإباحة. لكنّا تركناه عند مكنة المالك من الانتفاع[6] وفيما عداه جرينا على قضية الأصل غير أن الاستيلاء لا يتحقّق إلا بالإحراز بالدار. لأنّه عبارة عن الاقتدار [٤٥٠/ب] على المحلّ حالاً ومآلاً.[7]

---

[1] الترمذي السنن

قال: **فإن ظهر عليها المسلمون فوجدوها قبل القسمة فهي لهم بغير شيء. وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا.**

لقوله ﷺ فيه « **إن وجدتَه قبلَ القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدتَه بعد القسمة فهو لك بالقيمة** »[1] ولأنّه زال ملك المالك القديم بغير رضاه. فكان له حقّ الأخذ نظراً له ما لم يتعلّق به حقّ غيره بعينه. فإذ تعلّق يأخذه بالقيمة إن أحب نظراً للجانبين. **شك**[2] ولو سبى أهل الحرب من المسلمين أحراراً وعبيداً ومسلمين[3] ففداهم المسلمون في دار الإسلام يملكون الفداء قبل أن يحرزوها بدارهم. لأنّ الفداء كالهبة لهم بطيبة من أنفس المسلمين. ولو حاصر المشركون مدينة للمسلمين فصالحوهم على ألف ثوب على أن يكفوا عنه عشرة أيّام ففعلوا ومضت الأيّام ثمّ غلب المسلمون عليهم وأخذوا أموالهم مع تلك الثياب يقسم الكلّ على سهام الغنيمة لما بيّنّا. ولا ترد إلى أهلها.

قال: **وإذا دخل تاجر واشترى من ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأوّل بالخيار. إن شاء أخذه بالثمن الّذي اشتراه به التاجر. وإن شاء ترك.**

لأنه يتضرّر بالأخذ مجاناً. لأنّه دفع العوض بمقابلته فكان النظر للجانبين فيما قلنا. **هـ**[4] ولو اشتراه بغرض أخذها بقيمة العرض. ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته. لأنّه ملكه فلا يزال ملكه إلا بالقيمة. ولو كان مغنوماً وهو مثلي يأخذه قبل القسمة. ولا يأخذه بعدها. وكذا إذا كان موهوباً أو مشتراء بمثله قدراً ووصفاً. ولو كان عبداً ففقئت عينه وأخذ التاجر أرشها يأخذ المالك بجميع الثمن دون الأرض. ولو سبي من التاجر ثمّ اشتراه ثانياً يأخذه المالك بالثمنين إن شاء. ولو اشتراه ثالث فللمشتري الأوّل أن يأخذه منه دون المالك القديم. فإن أخذه يأخذه القديم بالثمنين إن شاء.

قال: **ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبّرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا. ويملك عليهم جميع ذلك.**

لأن هؤلاء لا يملكون بسبب من الأسباب. فكذا بالسبي. لأنّهم ليسوا بمال بخلاف رقاب الكفرة. لأنّ الشرع أسقط عصمتهم جزاءً على جناياتهم. وهي كفرهم وجعلهم أرقّاء.

شيء. الهداية ٢/١٥٠.

[1] الدارقطني السنن ٤/١١٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٩/١١١.

[2] شك : شرح السير الكبير

[3] ف : – ومسلمين

[4] ه : هداية

قال: **وإذا أبق عبد المسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة. وقالا يملكونه.**

لأن عصمته لحق المالك لقيام يده وقد زالت. ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه. وله أنّه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا. لأنّ بطلان يده لتظهر يد المولى عليه فيمكنه الانتفاع. وقد زالت يد المولى فيظهر يده[1] على نفسه [٤٥١/أ] وصار معصوماً بنفسه فلم يبق محلاً للتمليك بخلاف المتردّد في دار الإسلام. لأنّ يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار. وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المولى بغير شيء موهوباً كان أو مشتراً أو مغنوماً قبل القسمة وبعدها أيضاً. ويؤدي عوضه عن بيت المال. وليس للجالب جعل الآبق. لأنّه جلبه لنفسه.

قال: **وإن ندّ[2] بعير إليهم فأخذوه ملكوه.**

لتحقّق الاستيلاء وعدم المنافي. فإن اشتراه مسلم وأدخله دار الإسلام يأخذه المالك بالثمن إن شاء.[3] ولو أبق وذهب بفرس ومتاع فأخذ المشركون كلّه واشتراها رجل وأخرجها يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بثمنهما. وقالا يأخذ الكلّ بالثمن إن شاء. ولو دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ولو أسلم عبد لحربي ثمّ خرج إليها أو ظهر على الدار فهو حرّ لما بيّنّا.

قال: **وإن لم يكن للإمام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام. ثمّ يرتجعها منهم. فيقسمها للضرورة نظراً لهم. ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة. ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حقّ له في الغنيمة.**

وفي بعض النسخ في القسمة. لأنّ الملك لم يتم لهم خلاف الشافعي لما مهدنا من الأصل.

قال: **ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فيصيبه لورثته**

لتأكد الملك له في نصيبه بالإحراز.

---

[1] ق : - يده

[2] ند البعير يند بالكسر ندا بالفتح و ندادا بالكسر و ندودا بالضم نفر وذهب على وجهه شاردا. الجوهري الصحاح ٦٨٨/١.

[3] ف : - إن شاء

٦٢ . ٤ . ٢ فصل في نفل الأمير

قال: **ولا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتال. ويحرّض بالنفل على القتال فيقول « من قَتل قتيلاً فله سلبُه »[1] أو يقول لسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخُمس.**

معناه بعد رفع الخُمس. لأنّ التحريض مندوب إليه. قال تعالى ﴿ **يا أيها النبي حرِّض المؤمنين على القتال** ﴾[2] وهذا نوع تحريض. ه[3] ثمّ قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره. لكنّه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ. لأنّ فيه إبطال حقّ الكلّ. فإن فعله مع السرية جاز. لأنّ التصرّف إليه.

قال: **ولا تنفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخُمس.**

معناه بعد إحرازه بدار الإسلام لتأكد حقوق سائر الغانمين بالإحراز. ولا حقّ لهم في الخُمس فجاز التنفيل منه.

قال: **وإذا لم تجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنائم. والقاتل وغيره فيه سواء.**

وقال الشافعي السلب للقاتل إذا كان من جملة من يسهم له وقد قتله مقتلاً لقوله ﷺ « **من قَتل قتيلاً فله سلبُه** »[4] ولأنّه من قتل مقتلاً أكثر غناءً فيختصّ بسلبه إظهاراً للتفاوت. ولنا أنّه إنما أخذ سلبه بقوة الجيش. فيقسم قسمة الغنائم كما ورد في الحديث. وهو قوله ﷺ لحبيب بن أبي سلمة رضي الله عنه « **ليس لك من سلب قتلك إلا ما طابت به نفسُ** [٤٥١/ب] **إمامِك** »[5] وما رواه يحتمل نصب الشرع. ويحتمل التنفيل لما رويناه توقيعاً بين الحديثين على أن ما روينا من الحديث محكم وخاص. وإنّه راجح الدلالة على غيره.

قال: **والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه.** ه[6]

---

[1] البخاري الصحيح "**مغازي**" ٥٥؛ أبو داود السنن "**جهاد**" ١٣٦؛ الترمذي السنن "**سير**" ١٣؛ مالك الموطأ "**جهاد**" ٩٧٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٠٦/٥.

[2] الأنفال ٨/٦٥

[3] ه : هداية

[4] البخاري الصحيح "**مغازي**" ٥٥؛ أبو داود السنن "**جهاد**" ١٣٦؛ الترمذي السنن "**سير**" ١٣؛ مالك الموطأ "**جهاد**" ٩٧٣؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٠٦/٥.

[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣٤٨/٤؛ الطبراني "**المعجم الكبير**" ٢٠/٤.

[6] ه : هداية

وكذا ما على مركبه من السرج والألة. وكذا ما معه على الدابّة من ماله في حقيقته وعلى وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب. وما كان مع غلامه على دابّة أخرى فليس بسلب. ثمّ حكم التنفيل قطع حقّ الباقين. وأما الملك له فإنما يثبت[1] الإحراز بدار الإسلام لما مرّ حتّى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحلّ له وطئها. وكذا لا يبيعها. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد له أن يطأها ويبيعها. لأنّ الملك عنده يثبت بالتنفيل كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف وقد قبل على الخلاف.

قال: **وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يفعلوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها. ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة.**

لأن الضرورة قد زالت وملك الغانمين فيها قد تأكد فلا يباح التصرّف في المال المشترك. ويجب رده. وروي عن النبي ﷺ فيه أنّه قال ﷺ « **رُدّوا الخَيطَ والمِخْيَطَ فإن الغلول نارٌ وعارٌ وشنارٌ يوم القيامة** »[2]

٦٢. ٤. ٣ فصل قسمة الإمام الغنيمة

قال: **ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها. ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين. للفارس سهمان. وللراجل سهم. وإنّما يخرج خمسها.**

لقوله تعالى ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لِله خُمُسه** ﴾[3] ثمّ يقسم الباقي بين الغانمين لفعل النبي ﷺ ثمّ استحقاق الفارس سهمين مذهب أبي حنيفة.

قال: **وقالا للفارس ثلاثة أسهم.**

وبه الشافعي لما روي ابن عمر رضي الله عنهما « **أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم** »[4] ولأن الاستحقاق بالغناء. وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل للكرّ والفرّ والثبات والراجل للثبات. ولأبي حنيفة ما روى ابن عبّاس رضي الله عنهما « **أن النبي ﷺ أعطى للفارس سهمين وللراجل سهماً** »[5] فتعارض فعلاه فيرجع

---

[1] ق : + بعد

[2] ابن ماجه السنن **"جهاد" ٣٤**؛ عبد الرزاق **"مصنّف" ٢٤٣/٥**؛ أحمد بن حنبل **"المسند" ١٢٧/٤**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ١٧/٧**.

[3] الأنفال **٤١/٨**

[4] أبو داود السنن **"جهاد" ١٥٤**؛ الترمذي السنن **"سير" ٧**؛ ابن ماجه السنن **"جهاد" ٣٦**.

[5] مسلم الصحيح **"الجهاد والسير" ١٧**؛ الدارقطني السنن **١٠٦/٤**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ٣٢٥/٦**.

إلى قوله ﷺ « **للفارس سهمان وللراجل سهم كيف** »[1] وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما « **أنه** ﷺ **قسّم للفارس سهمين وللراجل سهماً** »[2] فتعارضت رواياته فبقي رواية ابن عبّاس رضي الله عنهما سالماً عن المعارض. ولأنّ الكر والفر من جنس.[3] فيكون غناؤه مثلي غنا الراجل. ولأنّه لما تعذر اعتبار مقدار الزيادة بدار الحكم على السبب الظاهر. وللفارس سببان الفرس والنفس وللراجل سبب واحد. وهو النفس فكان استحقاقه على ضعفه.

قال: **ولا يسهم إلا لفرس واحد.**

وقال أبو يوسف بسهم لفرسين. لما روي « **أنه** ﷺ **أسهم لفرسين** »[4] [٤٥٢/أ] ولأنّ الواحد قد يغني. فيحتاج إلى الآخر. ولهما أن البراء بن أوس رضي الله عنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد.[5] ولأنّ القتال إنما يتحقّق بفرس واحد في حالة واحدة فاعتبر السبب الظاهر. ولهذا لا يسهم لثلثه. وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى ﷺ سلمة بن عمرو بن الأكوع[6] رضي الله عنه سهمين وهو راجل.

قال: **والبراذين والعتاق سواء.**

لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في القرآن حيث قال تعالى ﴿ **ومن رباط الخيل يرهبون به عدو الله وعدوكم** ﴾[7] واسم الخيل ينطلق على العتاق والبراذين[8] والهجين.[1] ولأنّ العربي إن كان أقوى في الطلب والهرب[2] فالبرذون أصبر وأثبت وألين عطفاً فاختصّ كلّ واحدٍ منهما بمنفعة معتبرة فاستوتا.

---

[1] السيوطي "**شرح سنن ابن ماجه**" ٢٠٥/١.

[2] الترمذي السنن "**سير**" ٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٥٢/٢؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٨٤/٥؛ ابن أبي شيبة [illegible]

[illegible] احد. الهداية ١٤٦/٢

[4] البيهقي "**السنن الكبرى**" ٥٢/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" [illegible]

[illegible] غرائب. فتح [illegible]

[illegible] الزركلي الأعلام [illegible]

قال: **ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه استحقّ سهم فارس. ومن دخل راجلاً فاشترى فرساً فاستحقّ سهم راجل.**

وجواب الشافعي على عكسه. وروي ابن المبارك عن أبي حنيفة أنّه يستحقّ سهم الفرسين في الفصل الثاني. فالحاصل أن المعتبر عندنا حال المجاوزة. وعنده حال انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حاله. وتتعلّق الأحكام بالقتال. ولو تعذر الوقوف على حاله أو تعسر تعلّق الأحكام بشهود الوقعة. لأنّه أقرب إلى القتال. ولنا أن المجاوزة نفسها قتال. لأنّه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حال دوام القتال. ولا معتبر بها. ولأنّ الوقوف على حقيقة القتال متعسر. وكذا على شهود الوقعة. لأنّه حال التقاء الصفين وتسوية الميمنة والميسرة والقلب والجناح وتهيئة أسباب الكفاح وإصلاح المعركة والميدان والنظر إلى مواضع الكر والفر والجولان فيقام المجاوزة مقامه. لأنّه السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد القتال. فيعتبر حال الشخص حال المجاوزة فارساً وراجلاً. ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحقّ أسهم الفرسين بالاتّفاق. ولو دخل فارساً ثمّ باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحقّ سهم الفرسين اعتباراً للمجاوزة. وفي ظاهر المذهب يستحقّ سهم الرجالة. ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسين. وكذا إذا باع في حالة القتال عند البعض. والأصحّ أنّه يسقط.

قال: **ولا يسهم لمملوك ولا أمرأة ولا صبي ولا ذمي. ولكن يرضخ [٤٥٢/ب] لهم على حسب ما يرى الإمام**

لما روي « **أنّه كان ﷺ لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان ﷺ باليهود على اليهود ولم يسهم لهم من الغنيمة** »[٣] ولأنّ الجهاد عبادة. والذمي ليس من أهله. لكن

لسان العرب

الجانب. تبيين الحقائق

.٣٢٦/٩

٣ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٢٠/٣.

ترضخ لهم تحريضاً على القتال مع انحطاط رتبتهم.[1] ه[2] والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرقّ. ثمّ العبد إنما يرضخ له إذا قاتل. لأنّه دخل لخدمة المولى فصار كالأجر. والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى. لأنّها عاجزة عن القتال فتقوم إعانتها مقام القتال بخلاف العبد. لأنّه قادر عليه والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دلّ المسلمين على الطريق. لأنّ فيه منفعة للمسلمين ويزاد على السهم في الدلالة. لأنّها منفعة عظيمة. ولا يبلغ به السهم إذا قاتل.

---

[1] رتبتهم. الجوهرة النيرة ١١٣/٦.

[2] ه : هداية



٦٢. ٥ باب في الخُمس

قال: **وأما الخُمس فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون. ولا يدفع إلى أغنيائهم.**

وقال الشافعي لهم خمس الخمس. يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ﴿ **للذّكر مثل حظّ الأنثيين** ﴾[1] ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خُمسه وللرسول ولذي القربى** ﴾[2] مطلقاً من غير فصل. ولنا أن الخلفاء الراشدين قسّموها على ثلاثة على نحو ما ذكرنا. وكفى بهم قدوة. وقال ﷺ « **يا بني هاشم إن الله تعالى كرِه لكم غُسالةَ الناس وأوساخهم وعوَّضكم منها بخُمس الخمس** »[3] والعوض إنما يثبت في حقّ من يثبت له المعوض. وهم الفقراء والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة. ألا يرى؟ أنّه ﷺ علّل فقال « **إنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام** »[4] وشبك بين أصابعه دلّ أن المراد من النصر قرب النصرة لا قرب القرابة.

قال: **وأما ما ذكر الله تعالى لنفسه في الخُمس. فإنما هو لافتتاح الكلام تبركاً باسمه وسهم النبي ﷺ سقط بموته كما سقط الصفي.**

ل« **أنّه ﷺ كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان ﷺ يصطفيه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية** »[5] وقال الشافعي يصرف سهم الرسول ﷺ إلى الخليفة. والحجّة عليه ما مرّ.

قال: **وسهم ذوي القربى كانوا يستحقون في زمن النبي ﷺ بالنصرة وبعده بالفقر.** هـ[1]

---

[1] النساء ١١/٤
[2] الأنفال ٤١/٨
[3] الزيلعي "نصب الراية" ٤٢٦/٣؛ الطبراني "المعجم الكبير" ٢١٧/١١.
[4] الزيلعي "نصب الراية" ٤٢٥/٣.
[5] الزيلعي "نصب الراية" ٤٢٦/٣.

وهذا قول الكرخي. وقال الطحاوي سهم الفقراء أيضاً ساقط لما روينا من الإجماع. ولأنّ فيه معنى الصدقة فيحرم كما حرم العمالة. والأوّل أصحّ. لأنّ عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم. وإنّما انعقد الإجماع على سقوط حقّ الأغنياء دون الفقراء.

قال: **وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يُخمس.**

لأن الغنيمة [٤٥٣/أ] ما يوجد قهراً وغلبةً لا اختلاساً وسرقة. هـ[2] ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام فيه روايتان. والمشهور أنّه يُخمس. لأنّ أمارة نصرتهم بالإمداد فصار لهم منعه.

قال: **وإن دخل جماعة لهم منعه فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام.**

لأنها مأخوذ قهراً وغلبة فكان غنيمة. ولأنّه يجب على الإمام نصرتهم إذ لو خذّلهم كان فيه وهن للمسلمين بخلاف الواحد والاثنين. لأنّه لا يجب نصرتهم.[3]

قال: **وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحلّ له أن يتعرض بشيء من أموالهم.**

لأنه عهد إليهم بالاستئمان أن لا يتعرض لهم فيكون التعرض غدراً. وإنّه حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم وأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه. لأنّهم هم الذين يقضوا العهد بخلاف الأسير. لأنّه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعاً.

قال: **فإن غدر بهم وأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً يؤمر أن يتصدّق به**

والملك لورود الاستيلاء على مال مباح. لكنّه بسبب الغدر فأوجب خبثاً فيه فسبيله التصدّق. هـ[4]
ولو دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان حربياً أو اغتصب أحدهما صاحبه ثمّ خرجا علينا لم يقض لواحدٍ منهما على صاحبه بشيء. وكذا لو كانا حربيين ثمّ خرجا إلينا مستأمنين. ولو خرجا مسلمين قضى بالدين دون الغصب. ولو دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل احدهما صاحبه عمداً أو خطأً فعليه الدية في ماله والكفّارة في الخطأ. ولو كانا أسيرين فلا شيء على القاتل إلا الكفّارة في الخطأ وقالا عليه الدية.

قال: **وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة. ويقول له الإمام "إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية."**

---

[1] هـ : هداية
[2] هـ : هداية
[3] ف : – فيه وهن للمسلمين بخلاف الواحد والاثنين. لأنّه لا يجب نصرتهم
[4] هـ : هداية

وأصله أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا باسترقاق أو جزية. لأنّه يصير عيناً لهم وعوناً علينا فيلحق مضرته بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة. لأنّ في معناها قطع الجلب والميرة وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنه.[1] لأنّها معيار وجوب الجزية. ثمّ إن رجع إلى وطنه بعد هذه المقالة فلا شيء عليه.

قال: **فإن أقام أخذت منه الجزية وصار ذمياً.**

لالتزامه الجزية بالمكث. هـ[2] وللإمام أن يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين. فإن أقامه لزمته الجزية وصار ذمياً.

قال: **ولم يترك أن يرجع إلى دار الحرب.**

لأنه لا ينقض الجزية وفي ذهابه مضره بالمسلمين. ولو اشترى المستأمن أرض خراج ووضع عليه الخراج صار ذمياً. وكذا لو تزوّجت المستأمنة ذمياً بخلاف المستأمن إذا تزوّج ذمية.

قال: **فإن عاد [٤٥٣/ب] إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً في ذمتهم فقد صار ذمّة مباحاً بالعود.**

لأنه أبطل أمانه

قال: **وما في دار الإسلام من ماله على خطره. فإن أسر أو قتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيءً.**

وفي بعض النسخ على خطر. أما الوديعة فلأنها في يده حكماً. لأنّ يد المودع كيده فيصير فيئاً تبعاً لنفسه. وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت. ويد المديون أسبق إليه من يد العامة. فيختصّ به فيسقط. وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته. وكذا إذا مات. لأنّ نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله.

قال: **وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج.** هـ[3]

---

[1] دونها. الجوهرة النيرة ١١٨/٦.

[2] هـ : هداية

[3] هـ : هداية

قالوا هو مثل الراضي الّتي أحلوا أهلها عنها والجزية ولا خُمس في ذلك. وقال الشافعي فيهما الخمس اعتباراً بالغنيمة. ولنا ما روي « **أنّه ﷺ أخذ الجزية** »[1] وكذا عمر رضي الله عنه ومعاذ رضي الله عنه ووضع في بيت المال و لم يُخمس. ولأنّه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة. لأنّه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحقّ الخُمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى. وفي هذا السبب واحد فلا معنى لإيجاب الخُمس.

٦٢. ٥. ١ فصل أرض العرب

قال: **وأرض العرب كلّها أرض عشر. وهي ما بين العذيب إلى مكّة ومن عدَن إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حدّ الشام والسواد أرض خراج. وهو ما بين العذيب وعقبة حلوان ومن العلث إلى عبادان.**

مغرب العلث بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية. وهو أوّل العراق شرقي دجلة.

قال: **وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها.**

لأنّ الإمام إذا فتح الأرض عنوة وقهراً له أن يقر أهلها عليها ووضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج. فتبقى الأرض مملوكة لأهلها.

قال: **وكل أرض أسلم أهلها عليها أو فتحت عنوة فقسمت بين الغانمين فهي عشرية.**

لأنّ الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة. ولأنّه أخفّ. لأنّه يتعلّق بنفس الخارج.

قال: **وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج. وكذا إذا صالحهم.**

لأن هذا ابتداء التوظيف على الكافر. والخراج أليق به غير أن مكّة مخصوصة من هذا. فإن رسول الله ﷺ فتحها عنوة وتركها لأهلها و لم يوظف[2] الخراج. **جص**[3] كلّ أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي خراجية. وما لم يصل إليها ماء الأنهار [٤٥٤/أ] فاستخرج منها عين فهي عشرية. لأنّ العشر يتعلّق بالأرض النامية. ونماؤها بمائها فيعتبر السقي.

---

[1] البخاري الصحيح "**الجزية والموادعة**" ١؛ أبو داود السنن "**خراج**" ٣٠؛ الترمذي السنن "**سير**" ٣١.

[2] ف : + عليهم

[3] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن



٦٢. ٦ باب إحياء موات

قال: **ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف يعتبر[١] بحيزها. فإن كانت من حيز الخراج فهي خراجية. وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية. والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة والحيز القرب أو المحلّة.**

لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتّى يجوز لصاحبها الانتفاع به. وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر. وكان القياس في البصرة أن يكون خراجية. لأنّها من حيز أرض الخراج. لكن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم. قلت والبصرة عشرية بالإجماع لكن خصّصها به إيلاء لعذرة في ترك أصله.

قال: **وقال محمد إن أحياها بئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات والأنهار العظام الّتي لا يملكها أحد فهي عشرية.**

وكذا إن أحياها بماء السماء.

قال: **وإن أحياها بماء الأنهار الّتي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية.**

لما ذكرنا من اعتبار الماء. لأنّه سبب للنماء. ولأنّه لما تعذر توظيف الخراج على المسلم كرهاً. فيعتبر بمائه والسقى بماء الخراج دليل التزامه.

قال: **والخراج الّذي وضعه عمر رضي الله عنه على السواد من كلّ جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم.**

فإنه بعث عثمان بن حنيف رضي الله عنه حتّى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة رضي الله عنه عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب. ووضع على ذلك ما قلنا. وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعاً. ولأنّ المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة. والمزارع أكثرها مؤنة. والرطاب ما بينهما.

---

[١] ف : معتبرة

فجعل الواجب في الكرم أعلاها. وفي الزرع أدناها. وفي الرطبة أوسطها. قلت وهذا التعليل حسن في ديارهم. أما في ديار خوارزم فعلى العكس. لأنّ الكرم أعلاها مؤنة ثمّ الرطاب ثمّ المزارع. لكن الكرم أعلاها نماءً وفائدة. والرطاب أوسطها. والزرع أدناها غالباً. فيتقدر الغرم بقدر الغنم على أن المعتبر فيها اتّباع السُنة والإجماع.

قال: **وما سوى ذلك من الأصناف يوضع عليها بحسب الطاقة.**

لأنه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه. وقد اعتبر الطاقة فيه فيعتبره فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه.

قال: **فإن لم تطق ما يوضع عليها** [٤٥٤/ب] **نقصهم الإمام.**

فالنقصان عند قلّة الريع جائز بالإجماع. ألا يرى إلى قول عمر رضي الله عنه للعامل والمشرف لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت. وهذا يدلّ على جواز النقصان. وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتباراً بالنقصان. وعند أبي يوسف لا يجوز. لأنّ عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزايدة الطاقة.

قال: **فإن غلب على أرض الخراج الماءُ أو انقطع عنها أو اصطلم[1] الزرعَ آفةٌ فلا خراج عليه.**

لأنه فات التمكّن من الزراعة. وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج. وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه نامياً في جميع الحول شرط الوجوب كما في مال الزكاة. ولأنّه يدار الحكم على حقيقة النماء عند خروج الخارج. **شط**[2] ولا يسقط الموظف بهلاك الخارج بعد الحصاد وقبله يسقط. قالوا هذا في آفة لا يمكنه دفعها. ولم يبق من السنة ما يزرع. فإن بقى ولم يزرع يجب إخراجها. وقيل خراج ما بقي هذا على قياس نصّ محمد كلما خرجت غلّة يؤخذ الخراج بقدره وإن هلك بعض الغلّة. فإن بقى ضعف قيمة الخراج يجب كلّ الخراج. وإن بقى أقلّ فقدر نصف الغلّة. لأنّه نهاية الطاقة. لأنّ في خراج المقاسمة ورد الشرع يأخذ نصف الخارج لا بالزيادة. فكذا في الموظف. **شط**[3] الجريب ستون ذراعاً في ستين بذراع كسرى. وإنّه يزيد على ذراع العامة بقبضه. وقيل ما يسع فيه ستون مناً من بذر[4] الحنطة. وقيل خمسون. والقفيز صاع مما يزرع. وروى أنّه حنطة. قلت وقوله صاع مما يزرع في تلك الأرض حنطة كان أو شعيراً أو ذرة أو شاماخاً كلام حسن فلا بدّ من حفظه. قال والدرهم بوزن سبعة.

---

[1] اصطلمه صلمه ويقال اصطلمهم الدهر أو الموت أو العدو استأصلهم وأبادهم. المعجم الوسيط ٥٢١/١.

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] ق : - بذر

شط[1] الزيادة على الموظف إذا أطاقت لا يجوز. والزيادة على توظيف عمر ﷺ في التوظيف ابتداء لا يجوز أيضاً عند أبي حنيفة. ويجوز عند محمد. وعن أبي يوسف فيه روايتان. وهذا يخالف لما ذكره صاحب الهداية. فإن نقص عن الوظيفة في سنة لعذر ثمّ زال العذر أعاد ما نقص. **جص**[2] **شط**[3] دار خطة جعلها بستاناً ففيه العشر إن سقاه بماء العشر كماء السماء والعيون والبحار أو نهر ينشقّ من هذه المياه. وإن سقاها بماء الخراج كماء الأنهار الّتي تحتاج فيها إلى العمارة أو نهر ينشق من هذه المياه فالخراج. وقيل فيه العشر. وإن سقاه مرّة بماء العشر ومرة بماء الخراج فالعشر. والجيحون والسيحون والفرات ودجلة والنيل خراجي عند أبي يوسف لدخولها [٤٥٥/أ] تحت الحماية باتّخاذ قنطرة السفن عشري عند محمد لتمنعها. ولو كان في جواب الأرض أشجار ووسطها مزرعة ففيها وظيفة عمر ﷺ. ولا شيء في الأشجار والنخيل لقول عمر ﷺ فيه ليس في النخيل والشجر شيء. وكذا لو غرس في كلّها أشجاراً غير مثمرة يعني فيه وظيفة الأرض. وكذا لو أنبت كرماً إلى أن يطعم فإن أطعم قليلاً. فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم. وإن كان أقلّ فنصفه إذا لم ينقص عن قفيز ودرهم. وإن نقص فقفيز ودرهم. وفي رواية فيه وظيفة الأرض إلا أن يطعم طعام الكرم. وقيل في أرض الزعفران يجب أجر مثلها. وقيل لو زرع في أرض الزعفران الحبوب بلا غلّة فعليه خراج الزعفران. لأنّه ضيعة كما لو عطله. وكذا لو قلع الكرم وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم. ولو جعلها مسكناً أو خاناً للغلة أو مقبرة أو مسجداً يسقط. وفي اللآلئ لا. وقد استقصينا الكلام في مسائل العشر والخراج في باب زكاة الزروع والثمار.

قال: **وإن عطلها صاحبها بلا غلّة فعليه الخراج.**

لأنه هو الّذي فوّته. **هـ**[4] قالوا[5] وكذا من انتقل إلى[6] أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى. وهذا يعرف. ولا يفتى به كيلا يطمع الظلمة في أموال الناس.[7]

قال: **ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله. ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج.**

---

[1] شط : شرح الطحاوي

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] شط : شرح الطحاوي

العشر. الفتاوى الهندية

.٢٤٠/٢

لأنه صحّ أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها. فدلّ على جواز الشرى وأخذ الخراج وأداء المسلم من غير كراهة. ولأنّ فيه معنى مؤنة الأرض فيبقى ببقائها.

قال: **ولا عشر في الخارج من أرض الخراج.**

وقال الشافعي يجمع بينهما. لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان. ولنا قوله ﷺ « **لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم** »[1] ولأنّ أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما. وكفى بإجماعهم حجّة. ولأنّ الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً. والعشر في أرض أسلم أهلها عليها طوعاً. والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة. وسبب الحقين واحد. وهو الأرض النامية. لكنّه يعتبر في العشر تحقيقاً وفي الخراج تقديراً. ولا يتكرّر الخراج بتكرّر الخارج في سنة واحدة[2] بخلاف العشر.

---

[1] الزيلعي "**نصب الراية**" ٣/٤٤٢.

[2] ق : – واحدة



٦٢ . ٧ باب الجزية

قال: **والجزية[1] على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتّفاق.**

كما صالح رسول الله ﷺ بني نجران على ألف ومائتي حلة. ولأنّ الموجب هو التراضي. فلا يجوز التعدي منه إلى غيره.

قال: **وجزية يبتدئ الإمام بوضعها إذا غلب الإمام على الكفّار وأقرهم على أملاكهم. فيضع على الغني الظاهر الغناء** [٤٥٥/ب] **في كلّ سنة ثمانية وأربعين درهماً. يأخذ منه في كلّ شهر أربعة دراهم وعلى المتوسط الحال أربعة وعشرين درهماً في كلّ شهر درهمين. وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهماً في كلّ شهر درهم.**

وقال الشافعي يضع على كلّ حالم ديناراً أو ما يعدل الدينار. والغني والفقير فيه سواء لقوله ﷺ لمعاذ رضي الله عنه « **خذ من كلّ حالمٍ وحالمةٍ ديناراً أو عدله معافر** »[2] من غير فصل. ولأنّ الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتّى لا تجب على من لا يجوز قتله منهم كالذراري والنسوان. وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني. ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم. ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار. ولأنهما وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت كالخراج. وما رواه محمول على الصلح. ولهذا أمر بالأخذ بالحالمة. وإن كان لا يؤخذ منها الجزية. **شط**[3] الظاهر الغني من يملك عشرة آلاف درهم فصاعداً. والمتوسط من يملك مائتي درهم إلى[4] عشرة آلاف. والفقير من لا يملك مائتي درهم. وقيل من لا بدّ له من الكسب لإصلاح معيشة فمعتشر ومن له أموال ويعمل فوسط. ومن لا يعمل لكثرة أمواله فموسر. وقيل

---

[1] الجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع جزى كلحية ولحى لأنها تجزئ عن القتل أي تقضي وتكفي فإذا قبلها سقط عنه القتل. البحر الرائق ١١٩/٥.

[2] أبو داود السنن **"خراج"** ٢٩؛ الترمذي السنن **"زكاة"** ٥؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢٣٠/٥؛ عبد الرزاق **"مصنّف"** ٣٣٠/١٠؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤٤٥/٣.

[3] شط : شرح الطحاوي

[4] ق : في

من لا كفاية له[1] فمعسر. ومن يملك قوته وقوت عياله فوسط. ومن يملك الفضل عليه فموسر. وقيل هذا يختلف بالأماكن. ويعتبر وجود هذه الطبقات في آخر السنة. **شح**[2] الاعتبار لأكثر السنة. **شب**[3] الجزية تجب بأول الحول حتّى أن[4] للإمام أن يطالبه[5] بها متى قبل عقد الذمة. وقال الشافعي بآخر الحول كالزكاة. ولنا أنّها بدل عن القتل كبدل الصلح عن دم العمد تجب للحال. **شس**[6] أو إن أخذها آخر السنة تخفيفاً. وهكذا قالوا في الزكاة. وعن أبي يوسف يؤخذ في كلّ شهر قسطه. وعن محمد مثله. والأوّل أصحّ.

قال: **وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم.**

أما أهل الكتاب فلقوله تعالى ﴿ **من الذين أوتوا الكتاب حتّى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون** ﴾[7] والنبي ﷺ وضع الجزية على المجوس. وأما عبدة الأوثان من العجم فمذهبنا. وقال الشافعي لا. لأنّ قتالهم واجب بالنصّ. ولنا أنّه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم كالمجوس. وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم في جواز استرقاقهم.

قال: **ولا يوضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدّين.**

لأن كفرهما قد تغلظ. أما مشركوا العرب فلأن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم. والقرآن نزل بلغتهم. فالمعجزة في حقّهم أظهر. وأما المرتدّ فلأنه كفر بربه بعدما هُدي للإسلام ووقف على محاسنه فلا تقبل منهما إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة. وعند الشافعي يسترّ مشركوا العرب. وجوابه ما قلنا. [٤٥٦/أ] وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء. لأنّ أبا بكر رضي الله عنه استرقّ نسوان بني حنيفة[8] وصبيانهم لما ارتدّوا وقسّمهم بين الغانمين. ومن لم يسلم من رجالهم قتلهم.

قال: **ولا جزية على امرأة ولا صبي ولا زمن ولا أعمى.**

---

[1] ف : فهو
[2] شح : شمس الأئمة الحلواني
[3] شب : شرح بكر خواهر زاده
[4] ف : - أن
[5] ف : - يطالبه
[6] شس : شرح السرخسي
[7] التوبة ٢٩/٩
[8] بني حنيفة قبيلة عربية تتفرع من قبائل بكر بن وائل ضمن فرع ربيعة من قبائل عدنان من بني النبي الحليم إسماعيل ذبيح الله من بيت النبوة آل إبراهيم خليل الرحمن عليهم الصلاة والسلام. أرسل أبو بكر أيّام حكومته جماعة يرأسهم خالد بن الوليد إلى بني حنيفة؛ ليأخذ زكاة أموالهم امتنع مالك بن نويرة التميمي ـــ رئيس بني حنيفة ـــ من إعطاء الزكاة إلى غير مستحقّيها معتقدا أنّ الزكاة لابدّ أن تُعطى إلى وصيّ رسول الله وهو الإمام علي. عند ذلك قام خالد بن الوليد بقتل مالك بن نويرة غيلة معلّلا قتله إيّاه أنّه مرتدّ عن الإسلام ثمّ وطء زوجة مالك في تلك الليلة من غير أن تعتدّ وصادر أموالهم وأخذ بقية الرجال والنساء سبايا إلى أبي بكر وكانت السيّدة خولة من ضمن السبايا. التلخيص الحبير ١٣٨/٤؛ الطبقات الكبرى ٥٤٩/٥.

وكذا المفلوج والشيخ الكبير. لأنها بدل عن القتل. وهؤلاء لا يقاتلون ولا يقتلون. وعن أبي يوسف أنّها تجب على غير الصبي إذا كان له مال. لأنّه يقتل في الجملة إذا كان له رأي.

قال: **ولا على فقير غير معتمل.**

خلافاً للشافعي لإطلاق حديث معاذ ﷺ. ولنا أن عثمان ﷺ لم يوظفها على فقير غير معتمل بمحضر من الصحابة. ولأنّ خراج الأرض لا تجب على أرض لا طاقة لها. فكذا خراج الرأس. ه[1] ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبّر وأمّ الولد. لأنّها بدل عن القتل في حقّهم وعن النصرة في حقنا. وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشكّ. ولا يؤدي عنهم مواليهم.

قال: **ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس.**

وعن أبي حنيفة أنّها توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل. وهو قول أبي يوسف للقدرة. ولنا أنّها بدل عن القتل ولا تقبل. ولا بدّ أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفى بصحته في أكثر السنة.

قال: **ومن أسلم وعليه جزية سقطت.**

وكذا إذا مات كافراً خلافاً للشافعي فيهما. لأنّها وجبت بدلاً عن العصمة أو السكنى في دارنا فلا يسقط كالأجرة. ولنا قوله ﷺ « **ليس على مسلمٍ جزيةٌ** »[2] ولأنّها وجبت عقوبة على الكفر. وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام. ويتعذّر بعد الموت. ولأنّ شره اندفع بالإسلام والموت.

قال: **فإن اجتمع حولان تداخلت الجزية.** جص[3]

ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتّى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ. وقالا يؤخذ. وبه الشافعي. وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ في قولهم. فكذا إن مات في بعض السنة لما مرّ. وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف. وقيل لا يدخل فيه بالاتّفاق لهما أنّه أمكن استيفاؤهما بعد السنين فلا يسقط كما في الأولى. وله أنّها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر. ولهذا لو بعثها على يد نائبه لا تقبل منه في أصحّ الروايات. بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطيه قائماً والقابض قاعداً. وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هذا ويقول أعط الجزية يا ذمي.[4] شط[1] تؤخذ منه بطريق الاستخفاف حتّى يصفّع حالة الأخذ. وإذا ثبت

---

[1] ه : هداية

[2] أبو داود السنن "**خراج**" ٣٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٢٣/١؛ الدارقطني السنن ١٥٦/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٩٨/٩.

[3] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

أنّها عقوبة والعقوبات تتداخل كالحدود. ثمّ قول محمد وجاءت سنة أخرى حمله بعضهم على مضيها وبعضهم على حقيقتها. [٤٥٦/ب] لأنّها تجب عند أبي حنيفة في أوّل الحول فيتداخل. والأصحّ أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول. لأنّ البدل إنما يكون عنه في المستقبل دون الماضي. وعند الشافعي في آخر الحول كالزكاة.

قال: **ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام.**

لقوله ﷺ « **لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة** »[٢] والمراد إحداثها.

قال: **وإذا انهدمت الكنائس والبيع القديمة أعادوها.**

لأن في الإعادة بقاء ما كان فكان وفاء بالعهد حتّى لا يمكنون من نقلها إلى مكان آخر. لأنّه إحداث. والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة في البيت. لأنّه تبع السكنى. وهذا المنع في الأمصار دون القرى. لأنّه تقام شعائر الإسلام فيها فلا يعارض بما يخالفها قبل هذا في قرى الكوفة. لأنّ أكثر أهلها الذمّة أما في قرانا فيمنعون منه دلّ عليه قوله ﷺ « **لا يجتمعُ دِينانِ في جَزيرةِ العرَبِ** »[٣]

قال: **ويؤخذ أهل الذمّة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وملابسهم.**

وفي بعض النسخ وقلانسهم.

قال: **ولا يعملون بالسلاح ولا يركبون الخيل.**

ويؤخذ أهل الذمّة بإظهار الكستيجات أي العلامات. والركوب على السروج الّتي كهيئة الأكف. وإنّما يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفه المسلمين. ولأنّ المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام. ويضيق عليهم الطريق فلو لم يميز بعلامة لعله يعامله معاملة المسلمين.[٤] وذلك لا يجوز. ويجب أن تكون العلامة خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار[٥] من الإبريسم.[١]

. ذلك. المبسوط ٨١/١٠.

[١] شط : شرح الطحاوي

[٢] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٥٣/٣.

[٣] مالك الموطا "**جامع**" ١٥٨٤؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٤٦٨/٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٧٤/٦؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٠٨/٩.

[٤] وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات

يجوز. الهداية ١٦٢/٢.

[٥] الزنار حزام للنصارى. الجوهري الصحاح ٢٨٠/١.

ويجب أن تتميز نساؤهم عن نسائنا في[2] الطرقات والحمامات. ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة. قالوا الأحق أن لا يتركوا ليركبوا إلا لضرورة. ومتى ركبوا يترلوا في مجامع المسلمين. فإن لزمت الضرورة اتّخذوا سروجاً بالصفة الّتي مرّت ويمنعون عن لباس يختصّ بأهل العلم والزهد والشرف.

قال: **ومن امتنع عن الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي ﷺ أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده الأمان.**

لأن الغاية الّتي[3] ينتهي بها القتال قبول[4] إعطاء الجزية لا نفس الإعطاء بالإجماع. وإنّه باقٍ. وقال الشافعي سبّ النبي ﷺ ينقض إيمانه فينقض أمانه. قلنا السبّ كفر وتكذيبه وجحوده أعظم السيئات. وإنّه لا يمنع أمانة فلا يرفع إيمانه.

قال: **ولا ينتقض عهد الأمان إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبون على موضع فيحاربونا.**

لأنهم صاروا حرباً علينا فيعرى عقد الذمّة عن القليدة. [٤٥٧/أ] وهو وضع شر الحراب.[5] وإذا نقض الذمي العهد فهو كالمرتدّ في الحكم بموته باللحاق وفيما حمله من ماله. لكنّه لو أسرّ يسترقّ بخلاف المرتد.[6]

الكستيجات

يجوز والعلامة يجب أن

تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام. الهداية

الحراب. الهداية ١٦٣/٢.

[6] ق : + والله أعلم



٦٢. ٨ باب الردة

قال: **وإذا ارتدّ المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام. فإن كانت له شبهة كشفت.**

لأنه عسى يعتريه شبهة عنه[١] فتراح وفيه دفع شره بأحسن الأمرين. ه[٢] قالوا لكن العرض غير واجب. لأنّ الدعوة بلغته

قال: **ويحبس ثلاثة أيّام فإن أسلم وإلا قتل.** جص[٣]

يعرض عليه الإسلام. فإن أبى قُتل. وتأويل المذكور هنا أنّه إذا استمهل يمهل ثلاثة أيّام بلا عذر. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه يستحبّ أن يؤجل ثلاثة أيّام طلب أو لم يطلب. وعن الشافعي أنّه يجب على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيّام. ولا يحلّ قتله قبل ذلك إيلاءً للعذر. ولنا قوله تعالى ﴿ **فاقتلوا المشركين** ﴾[٤] وقوله عليه السلام « **من بدّل دينه فاقتلوه** »[٥] ولأنّه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل في الحال من غير استمهال. ولا فرق بين الحربي والعبد لإطلاق النصوص وتوبته أن يتزاعن الأديان كلّها سوى[٦] الإسلام. لأنّه لا دين له. ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه ذلك لحصول المقصود.

قال: **فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ذلك. ولا شيء على القاتل.**

---

١ ق : – عنه

٢ ه : هداية

٣ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٤ التوبة ٥/٩

٥ البخاري الصحيح "**استتابة المرتد**" ٢؛ أبو داود السنن "**حدود**" ١؛ الترمذي السنن "**حدود**" ٢٥؛ النسائي السنن الكبرى "**تحريم الدم**" ١٤؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢١٧/١.

٦ ق : + دين

ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب. وإنّما لا يضمن. لأنّ الارتداد مبيح لذمة. قال ﷺ « **لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث كفرٍ بعد إيمان وزناً بعد إحصانٍ وقتل نفس بغير حقّ** »[١]

قال: **وأما المرتدة فلا تقتل.**

وقال الشافعي تقتل لإطلاق ما روينا وكالرجل. ولنا « **أن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء** »[٢] ولأنّها ليست من أهل الحرب فشابهت الكافرة الأصلية.

قال: **ولكن تحبس حتّى تسلم.**

لأنها امتنعت عن إيفاء[٣] حقّ الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد. **جص**[٤] وتجبر المرتدة على الإسلام حرّة كانت أو أمة. والأمة تجبرها مولاها. وتضرب في كلّ يوم مبالغة في الحمل على الإسلام. **شط**[٥] وكان الصفّار والدبوس وبعض السمرقندية يفتون بعدم الفرقة بارتدادها حسماً لباب المعصية. وتجبر على الإسلام وتجديد النكاح. وليس لها أن تتزوّج بآخر. وعن أبي حنيفة في دار الإسلام. فإن استولى عليها الزوج تكون قنة.[٦] وعند أبي حنيفة هي[٧] في المسلمين. **شس**[٨] لو أفتى بهذه الرواية حسماً لا بأس به وقتل لو أجرت كلمة الكفر على لسانها مغايظة لزوجها أو إخراجاً لنفسها عن حالته أو لاستيجاب مهر عليه بنكاح مستأنف تحرم على زوجها وتجبر على الإسلام. ولكل [٤٥٧/ب] قاضٍ أن يجدد لها النكاح بأدنى شيء. ولو بدينار سخطت أم رضيت. **ن**[٩] تجبر على الإسلام وتعزر خمسة وسبعين. وليس لها أن تتزوّج إلا بزوجها. **قخ**[١٠] يفتى بهذا **ث**[١١] مثله.

---

[١] مسلم الصحيح **"قسامة"** ٦؛ أبو داود السنن **"ديات"** ٣؛ الترمذي السنن **"فتن"** ٢؛ النسائي السنن الكبرى **"تحريم الدم"** ١٣؛ ابن ماجه السنن **"حدود"** ١.

[٢] الترمذي السنن **"سير"** ١٩؛ مالك الموطا **"سير"** ٣؛ ابن ماجه السنن **"جهاد"** ٣٠.

[٣] ف : – إيفاء

[٤] حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[٥] شط : شرح الطحاوي

[٦] [illegible]

[٧] [illegible]

[٨] [illegible] : شرح السرخسي

[٩] ن : النوازل

[١٠] قخ : قاضي خان

[١١] ث : أبو الليث

قال: **ويزول ملك المرتدّ عن أمواله بردته زوالاً مراعيً. فإن أسلم عادت إلى[1] حالها.**

قالوا هذا عند أبي حنيفة. وعندهما لا يزول ملكه. لأنّه يتكلّف فيبقى ملكه إلى أن يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص. ولأبي حنيفة أنّه حربي مقهور يجب أيدينا. وإنّه سبب زوال الملك والمالكية. لكنّه مدعو إلى الإسلام بالإخبار عليه. ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره. فإن أسلم جُعل العارض كأن لم يكن في حقّ هذا الحكم. وصار كأنه لم يزل مسلماً و لم يعمل السبب.

قال: **وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته من المسلمين. وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً.**

وهذا عند أبي حنيفة. وقالا كلاهما لورثته. وقال الشافعي كلاهما[2] فيء. لأنّه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر. ثمّ هو مال حربي لا أمان له فيكون فيئاً. ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردّة باق على ما بيّناه. فينتقل بموته إلى ورثته. ويستند إلى ما قبل ردته. لأنّ الردّة سبب الموت. فيكون توريث المسلم من المسلم. وله أن يمكن الإسناد في كسب الإسلام لوجوده قبل ردته. لأنّ الردّة سبب الموت. فيكون توريث المسلم من المسلم. وله أن يمكن الإسناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردّة. ولا يمكن في كسب الردّة لوجوده بعدها. ثمّ إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردّة وبقى وارثاً له إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتباراً للاستناد. وعنه أنّه يرثه من كان وارثاً له عند الردّة. ولا تبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه. لأنّ الردّة كالموت. وعنه أنّه يعتبر وجود الوارث عند الموت. وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهي في العدّة. لأنّه يصير فاراً وإن كان صحيحاً وقت الردّة. وأما المرتدة فكسبها لورثتها. لأنّها ليست من أهل الحرب فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتدّ عند أبي حنيفة. ويرثها زوجها المسلم إذا ارتدت وهي مريضة لقصدها إبطال حقه بخلاف ما إذا كانت صحيحة.

قال: **فإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبّروه وأمهات أولاده وحلت الديون الّتي عليه. ونُقل ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته من المسلمين.**

وقال الشافعي يبقى ماله موقوفاً كما كان. لأنّه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام. قلنا[3] أنّه باللحاق صار من أهل الحرب. وهم أموات في حقّ أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كانقطاعها عن الموتى فصار كالموت إلا أنّه لا يستقر لحاقه لانقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بدّ من القضاء. وإذا تقرر موته ثبت الأحكام المتعلّقة به ثمّ كونه وارثاً عند لحاقه في [٤٥٨/أ] قول محمد. لأنّه السبب. وقال

---

[1] ف : على
[2] ق : - كلاهما
[3] ف، ق : ولنا

أبو يوسف وقت القضاء. لأنّه يصير موتاً بالقضاء. **ه**[1] والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا. **جش**[2] القضاء باللحاق ليس بشرط. وإنّما يشترط قضاؤه لشيء من أحكام الموتى. وعامتهم على أنّه يشترط القضاء باللحوق سابقاً على قضائه بهذه الأحكام. وإليه أشار محمد في كثير من المواضع.

قال: **ويقضي الديون الّتي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام وما لزمه من الديون في حالة ردته مما اكتسبه في حال ردته.**[3] **ه**[4]

وهذا رواية عن أبي حنيفة. وعنه يبدأ بكسب الإسلام. وإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردّة. وعنه على عكسه. وجه الأولى أن لمستحقّ بالسببين مختلف فيعتبر حاله وقت السبب.[5] ووجه الثانية أن كسب الإسلام ملكه حتّى يخلفه الوارث فيه. ومن شرط الخلافة الفراغ عن حقّ المورث فيقدم الدين عليه. وكسب الردّة ليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده. فلا يقضي دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محلّ آخر فيقضي منه كالذمي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين. ولو كان عليه دين يقضي منه كذا هذا. ووجه الثالث إن كسب الإسلام حقّ الورثة وكسب الردّة خالص حقه فكان ابتداء القضاء منه أولى. وقال أبو يوسف ومحمد يقضي ديونه من الكسبين. لأنهما جميعاً ملكه حتّى يجري الإرث منهما.[6]

قال: **وما باعه أو اشتراه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته موقوف. فإن أسلم صحّت عقوده. وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت.**

وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين.

---

[1] ه : هداية

[2] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[3] ف : - وما لزمه من الديون في حالة ردته مما اكتسبه في حال ردته

[4] [illegible]

[5] [illegible] الاحتما. تبيين الحقائق ٣/٢٨٧.

[6] ف، ق : فيهما

٦٢. ٨. ١ فصل في تصرفات المرتدّ

اعلم أن تصرفات المرتدّ أربعة أقسام. نافذ بالاتّفاق كالاستيلاد والطلاق. لأنّه لا يفتقر إلى حقيقة الملك. وباطل بالاتّفاق كالنكاح والذبيحة لأنّه يعتمد الملة. ولا ملة للمرتد. وموقوف بالاتّفاق كالمفاوضة. لأنّها تعتمد المساواة. ولا مساواة بين المسلم والكافر. ومختلف في توقفه. شب[١]

تصرفات المرتدّ أنواع.

منها ما ينفذ بالاتّفاق كقبول الهبة والاستيلاد وتسليم الشفعة والطلاق والحجر على المأذون.

ومنها ما يبطل بالإجماع نحو المناكح والذبائح والأرث.

ومنها ما توقف بالإجماع كالمفاوضة.

ومنها ما اختلف فيه كالبيع والشرى والإجارة والوصيّة والعتق والهبة والكتابة وقبض الدين لهما أن الصحة تعتمد الأهلية. وإنها ثابتة بالعقل والبلوغ والنفاذ يعتمد الملك. وإنّه ثابت قبل موته على ما مرّ. ولهذا لو ولد له بعد الردّة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه. ولو مات ولده بعد الردّة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته إلا عند أبي يوسف يصحّ كما يصحّ من الصحيح. لأنّ الظاهر [٤٥٨/ب] عوده إلى الإسلام كالمرتدة. وعند محمد كتصرف المريض. لأنّ من انتحل إلى نحلة معرضاً عما نشأ عليه قلّ ما يعود فيقضي إلى القتل ظاهراً بخلاف المرتدة. لأنّها لا تقبل. ولأبي حنيفة أنّه حربي مقهور تحت أيدينا على ما مرّ في توقف الملك فيتوقّف تصرفاته. لأنّها بناء عليه كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر بتوقف تصرفاته لتوقف حاله. فكذا المرتدّ. وبطلان سبب العصمة مُخلّ بالأهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد. لأنّ قتلهما جزاء على الجناية وبخلاف المرتدة. لأنّها ليست بحربية.

قال: **وإذا عاد المرتدّ إلى دار الإسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه.**

لأن الوارث إنما يخلف المورث لاستغنائه عنه. فإذا عاد مسلماً فقد احتاج إليه فبطلت الخلافة بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبّريه. لأنّ القضاء قد صحّ فلا ينقض. ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا. ولو كان ابنه كاتب عبده فالكتابة جائزة. والمكاتبة والولاء لمن عاد مسلماً. هـ[٢] ولو لحق المرتدّ بما له بدار الحرب ثمّ ظهر على ذلك المال فهو فيء. فإن لحق ثمّ رجع وأخذ المال وألحقه بدار الحرب فظهر بذلك المال فهو لورثته إذا وجدوه قبل القسمة. ولو قتل المرتدّ رجلاً خطأً ثمّ لحق فالدية في إكساب الإسلام عند أبي حنيفة. وعندهما فيهما.

---

[١] شب : شرح بكر خواهر زاده
[٢] ه : هداية

قال: **والمرتدة إذا تصرفت في مالها في حال ردتها جاز تصرفها.**

لأنها لا تقتل وارتداد الصبي الّذي لا يعقل والمجنون والسكران ليس بارتداد. وأما الصبي العاقل فإسلامه وارتداده صحيحان عند أبي حنيفة ومحمد. وقال زفر والشافعي لا يصحان. وقال أبو يوسف إسلامه صحيح دون ارتداده نظراً له.

٦٢. ٨. ٢ فصل نصارى بني تغلب

قال: **ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من أموالا المسلمين من الزكاة. ويؤخذ من نسائهم. ولا يؤخذ من صبيانهم.**

وقال زفر والشافعي لا يؤخذ من نسائهم[١] كالجزية. ولنا أن عمر بن الخطاب ﵁ صالحهم على أن يؤدوا ما على المسلمين من الصدقات مضاعفاً. والصدقة تجب على المرأة دون الصبي.

قال: **وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب. وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين فسد منها الثغور وبنى القناطر والجسور. ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلمائهم منه ما يكفيهم. ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم.**[٢]

لأنه مال بيت المال وصل إلى المسلمين بغير قتال. وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم. ولو لم يعط ذراريهم لوجب نفقتهم على الأباء واشتغلوا بكسبها لما [٤٥٩/أ] تفرغوا للقتال. هـ[٣] ومن مات في[٤] نصف السنة فلا شيء له من العطاء. لأنّه نوع صلة. وليس بدين فلا يملك قبل القبض. ويسقط بالموت. وأهل العطاء في زماننا القاضي والمدرس والمفتي.

---

[١] ف : - ولا يؤخذ من صبيانهم. وقال زفر والشافعي لا يؤخذ من نسائهم

[٢] ف : ذرارتهم

[٣] ه : هداية

[٤] ف، ق : - في



٦٢. ٩ باب في متفرّقات السير

لو قال النصراني كان محمد ﷺ نبياً لم يحكم بإسلامه حتّى يتبرأ من النصرانية أو نقول كان نبياً إلى كافّة الناس لزعمهم أنّه مبعوث إلى العرب فقط. **شك**[١] لو وصف الإسلام لغلامه الكافر فقال أنا على هذا فهو مسلم إذا غلب على ظنه أنّه فهم ما قال له. وإلا فيقال له صف الإسلام. فإن وصف فهو مسلم. وإلاّ فلا عن الشيخ الجليل إذا أتى بكلمة الشهادة وهو يعلم أنّه الإسلام يحكم بإسلامه وإن لم يعلم تفسيرها. **علك**[٢] ولا يشترط[٣] في معرفة النبي ﷺ معرفة اسم أبيه وجده بل يكتفي بمعرفة اسمه. **شب**[٤] **قخ**[٥] في شرح الجامع في استيصاف الزوج أن يصف الله تعالى بين يديها فيقول الله تعالى واحد قادر عالم قديم أهو كذا؟ فنقول نعم ومحمد رسول الله وجميع ما أنزل الله تعالى عليه حقّ فيقول نعم يحكم بإسلامها. وصار هذا كوصفها بنفسها. وفي شرح تاج الدين له الصغيرة المسلمة إذا بلغت عاقلة وهي لا تصف الإسلام ولا تعقله بانت من زوجها. لأنّها كانت مسلمة بالتبعية. وقد زالت بالبلوغ و لم تسلم بالأصالة بقيت جاهلة لا دين لها. ولو أراد الزوج أن يستوصفها الإسلام لا يقول لها صفي الإسلام. ولكن يصفه ويقول لها هذا اعتقادي وظني[٦] أن تعتقدي هذا. فإن قالت نعم كفى ذلك. وإن قالت لا أدري ما يقول فلا نكاح بينهما.

قلت فهذا يدلّ على أنّه لا ينفذ نكاح الجاهلة. ولو بلغت المسلمة أو النصرانية وعقلت دينها و لم تصفه ولا صدقت غيره فيه[٧] لم تبن واحدة منهما. قيل وفيه دليل على من صدق بقلبه كان مسلماً. وإن لم يقر بلسانه وهو المروي عن أبي حنيفة. وإليه ذهب الماتريدي والأشعري وعامة العلماء على أنهما إذا لم تصفا قبل البلوغ لاستبان بخلاف ما بعد البلوغ. وقيل وصفتاه قبل البلوغ و لم يصفاه بعده لم يضر ذلك.

---

١ شك : شرح السير الكبير
٢ علك : علاء عين الأئمة الكرابيسي
٣ ف : ولا يصير
٤ شب : شرح بكر خواهر زاده
٥ قخ : قاضي خان
٦ ف، ق : + لكن
٧ ف : - فيه

شب[1] ولو قالت أعقل الإسلام وأقدر على الوصف والتصديق ولا أفعل ذلك تبين بلا خلاف. لأنّها تركت ركن الإسلام بلا عذر. وإن قالت أعقله ولا أقدر على الوصف فالصحيح أنّها لا تبين **شح**[2] لا يصحّ إسلام الصبي حتّى يعلم أن كلمة الإسلام هي كلمة التوحيد. وإنّه واحد. وبهذه يخرج من الباطل إلى دين الحقّ وأن ما يقوله النصارى باطل. وفي روضة الناطفي من يعقل البيع والشرى فإسلامه إسلام وإن كان صغيراً. **شس**[3] معنى قولنا يعقل الإسلام أنّه يعقل أن الإسلام سبب النجاة وتميز الخبيث [٤٥٩/ب] من الطيب. **ط**[4] بلغ ويصف الإسلام ولا يعقله ويعقل أمر معيشة فهو بمنزلة المرتدّ ويفرق بينه وبين امرأته. ألا يرى أنّه لا يرث أبويه.[5]

---

١ شب : شرح بكر خواهر زاده

٢ شح : شمس الأئمة الحلواني

٣ شس : شرح السرخسي

٤ ط : المحيط

٥ ق : + والله أعلم



٦٢. ١٠ باب البغاة



قال:[١] وإذا تغلب[٢] قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم.

لأن علياً رضي الله عنه كذلك فعل بأهل حروراء[١] قبل قتالهم. ولأنّه عسى يندفع الشرّ بأهوهما فبدأ به.

، والخارجون

تأويل. فتح القدير

وبغاة. البحر الرائق ١٥٠/٥.

قال: **ولا يبدأهم بقتال حتّى يبدءوا. فإن بدءوا قاتلهم حتّى يفرق جمعهم.** ه[2]

هكذا ذكره ههنا شب[3] عندنا[4] يجوز أن يبدأهم بقتال إذا تعسكروا واجتمعوا. وقال الشافعي لا يجوز حتّى يبدءوا بالقتال حقيقة. لأنّ قتل المسلم لا يجوز إلا دفعاً بخلاف الكافر. لأنّ نفس الكفر مبيح عنده. ولنا أن الحكم يراد على الدليل. وهو الاجتماع والامتناع. لأنّه لو انتظر الإمام حقيقة قبالهم ربما لا يمكنه الدفع فيراد على الدليل. ولو بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال. ينبغي أن يحبسهم حتّى يحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان. والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام. أما إعانة الإمام الحقّ من الواجب عند الغنا والقدرة.

قال: **فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم وأتبع مواليهم.**

دفعاً لشرهم كيلا يلتحق بهم.

قال: **وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مواليهم.**

لاندفاع شرهم بدونه. وقال الشافعي لا يجوز في الحالين لتركهم القتال وجوابه ما مرّ.

قال: **ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال.**

لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدرة في الباب. وقوله لا يقتل أسير. تأويله إذا لم يكن لهم فيئه. فإن كانت يقتل الإمام الأسير. وإن شاء حبسه. ولأنهم مسلمون. والإسلام يعصم النفس والمال.

قال: **ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه.**

وقال الشافعي لا يجوز. والكراع على هذا الخلاف له أنّه مال مسلم. فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه. ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح بين أصحابه بالبصرة قسمه أعاره دون تمليك. ولأنّ للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة إليه ففي مال الباغي أولى. لأنّ إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى جائز لأرباب الولاية.

قال: **ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم. ولا يقسمها حتّى يتوبوا فيردها عليهم.**

---

[1] أهل حروراء هم الحرورية طائفة من الخوارج نسبوا إلى حروراء بالمد والقصر وهو موضع قريب من الكوفة كان أول مجتمعهم وتحكيمهم فيها وهم احد الخوارج الذين قاتلهم علي كرم الله وجهه. النهاية في غريب الحديث ٣٦٦/١.

[2] ه : هداية

[3] شب : شرح بكر خواهر زاده

[4] ف : – عندنا

أما عدم القسمة فلما بيّنّاه. وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم. وإن كان لا يحتاج إليه إلا أنّه يبيع الكراع. لأنّ حبس الثمن أنظر وأيسر. وأما الردّ بعد التوبة فلاندفاع الضرورة.

قال: **وما جباه أهل البغي من البلاد [٤٦٠/أ] الّتي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً.**

لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية و لم يحمهم.

قال: **فإن كانوا صرفوه في حقه أجرى من أخذ منه.**

لوصول الحقّ إلى مستحقه.

قال: **وإن لم يكونوا صرفوه في حقه أفتى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك.**

لأنه لم يصل الحقّ إلى مستحقه. هـ[1] قالوا لا إعارة عليهم في الخراج. لأنّهم مصارف. لأنّهم مقاتلة وإن كانوا أغنياء. وفي العشر كذلك إن كانوا فقراء. لأنّه حق الفقراء. هـ[2] ومن قتلا[3] رجلاً وهما من أهل البغي ثمّ ظهر عليهم فلا شيء عليه. لأنّه لا ولاية لإمام أهل العدل فلم ينعقد قبله موجباً كالقتل في دار الحرب. وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً ثمّ ظهر عليهم. فإنّه يقبض منه. وتأويله إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك. وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً يرثه. وإن قتله الباغي وقال كنت على حقّ وأنا ألآن على حقّ ورثه. وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه. وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين. وبه الشافعي. وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم. والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم. وقال الشافعي في القديم أنّه يجب. وعلى هذا الخلاف إذا مات المرتدّ وقد تلف نفساً أو مالاً هو اعتبر العصمة وأصحابنا إجماع الصحابة.[4]

---

[1] ه : هداية

[2] ه : هداية

[3] ف، ق : قتل

[4] ق : + والله أعلم



٦٣ كتاب الحظر والإباحة





٦٣. ١ باب في اللبس

قال:[1] **لا يحلّ للرجال لبس الحرير ويحل للنساء.**

ل« **أن النبي ﷺ نهى عن لبس الحرير والديباج** »[2] وقال « **إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة** »[1] وإنّما حلّ للنساء لما رواه عدة من الصحابة منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه « **أنّه ﷺ خرج**

[illegible]

أبو داود السنن "**لباس**" ٤٢؛ النسائي السنن الكبرى "**زينة**" ٤٠.

وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لإناثهم »[2] ويروى « حلّ لإناثهم »[3] إلا أن القليل عفو وهو قدر ثلاث أصابع أو أربع كالأعلام والمكفوف بالحرير لما روي « أنه ﷺ نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاث أو أربع »[4] أراد الأعلام وعنه ﷺ « أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير »[5] **جش**[6] ويكره الجبة المكفوفة بالحرير. قلت وبهذا ثبت كراهة ما اعتاده أهل زماننا من القمص البصرية. **فك**[7] العفو أربع أصابع متفرّقة. وعنه غير مضمومة ولا متفرّقة. وقيل مضمومة. **جش**[8] **فك**[9] العلم في العمامة في موضعين أو ثلاثة تجمع. وقال أبو حامد لا تجمع. **عك**[10] في المفرق خلاف. **شج**[11] وفي القلنسوة كذلك. وعن محمد لا يسع في القلنسوة. وإنّما رخص أبو حنيفة في العلم في عرض الثوب. قلت [٤٦٠/ب] وهذا يدلّ على أن القليل في طوله يكره.

قال: **ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة. وقالا يكره.** **جص**[12]

ذكر قول محمد وحده. وإنّما ذكر القدوري وغيره من المشايخ قول أبي يوسف معه. وكذا الاختلاف في ستر الحرير. وتعليقه على الأبواب لهما العمومات. ولأنّه تشبه بزي الأكاسرة والجبابرة.[13] وإنّه حرام قال عمر رضي الله عنه إياكم وزي الأعاجم. وله ما روي « **أنه ﷺ جلس على مرفقه حرير** »[14] ولأنّ القليل من الملبوس مباح كالأعلام. فكذا القليل من اللبس والاستعمال. **هـ**[15] تكلموا في المكروه. فروي

---

[1] النسائي السنن الكبرى "أذان" ١٣؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٣٢/٩؛ ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ٤٥١/١٢.

[2] الترمذي السنن **"لباس"** ٢؛ ابن ماجه السنن **"لباس"** ١٩؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٢٢/٤.

[3] الترمذي السنن **"لباس"** ٢؛ ابن ماجه السنن **"لباس"** ١٩.

[4] مسلم الصحيح **"لباس"** ٢؛ الترمذي السنن **"لباس"** ٢؛ ابن ماجه السنن **"لباس"** ٢ ٤.

[5] الزيلعي **"نصب الراية"** ٢٢٦/٤.

[6] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[7] فك : فتاوى ابو الفضل الكرماني

[8] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

[9] فك : فتاوى ابو الفضل الكرماني

[10] عك : علاء عين الأئمة الكرابيسي

[11] شج : شرح الجلالي

[12] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[13] [illegible]

[14] [illegible] **"نصب الراية"** ٢٢٧/٤.

[15] ه : هداية

عن محمد نصاً إن كلّ مكروه حرام إلا أنّه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظة الحرام. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنّه إلى الحرام أقرب.

قال: **ولا بأس بلبس الديباج في الحرب عندهما. ويكره عند أبي حنيفة.**

لإطلاق ما روينا. ولهما ما روي الشعبي « **أنّه ﷺ رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب** »[1] ولأنّ فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح أو أهيب في عين العدوّ وليريعه. وأبو حنيفة يقول الضرورة تندفع بالخلوط. والحديث محمول عليه. **شج**[2] أجمعوا أنّه إذا كان الثوب من إبريسم رقيق لا يجوز في حال الحرب. وإنّما الخلاف في الصفيق.[3] **ط**[4] لا يكره حشو القز عندهم.

قال: **ولا بأس بلبس الملحم إذا كان سداه إبريسماً ولحمته من قطن أو خز.**[5]

لان الصحابة كانوا يلبسون الخز والخز مسدّى بالحرير. ولأنّ الثوب إنما يصير ثوباً باللحمة فكان المعتبر هو دون السدى. وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين القز والظهارة. ولا أرى بحشو القز بأساً. لأنّ الثوب ملبوس. والحشو غير ملبوس. وما كان لحمته حريراً دون سداه لا بأس به في الحرب للضرورة. ويكره في غيره لانعدامها. **بط**[6] وعن أبي حنيفة لا بأس بلبس الملحم والديباج إذا كان له ظهارة من عزل بحيث لا يمسّ الملحم جلده. قلت وفيه رخصة عظيمة للمترفين في ملابسهم وقلانسهم وفيه إنما يجوز ما كان سداه إبريسماً ولحمته قطن إذا كان مخلوطاً لا يتبين فيه الإبريسم. أما إذا صار على وجهه كالعتابي في زماننا والششتري والقبتي. فإنّه يكره للتشبه بزي الجبابرة. قلت ولكن أكثر المشايخ أفتوا على خلافه.

قال: **ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب ولا بالفضة إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة.**

---

[1] ابن أبي شيبة **"مصنّف"** ١٢/٥٥٤؛ البيهقي **"شعب الإيمان"** ٨/١٦٧.

[2] شج : شرح الجلالي

[3] المحيط. البحر الرائق ٨/٢١٦.

[4] ط : المحيط

[5] ف : قطنا أو خزا

[6] بط : بحر محيط

أما الذهب فلما روينا. والفضة في معناه. واستثنا هذه الثلاثة من الفضة تحقيقاً لمعنى النموذج. والفضة أغنت من الذهب. لأنهما جنس واحد حكماً. قلت وقوله من الفضة يرجع إلى المستثنات الثلاثة. جص[1] ولا يتختم إلا بالفضة. وهذا نصّ على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام. ورأى رسول الله ﷺ على نعمان بن بشير رضي الله عنه خاتماً من ذهب فقال « **ما لك اتّخذت حلي أهل الجنة قبل أن تدخلها قال فرميت واتّخذت خاتماً من حديد ودخلت عليه فقال** [٤٦١/أ] **ما لك اتّخذت حُلي أهل النار فرميته واتّخذت خاتماً من صفر ودخلت عليه فقال ما لي أحد منك ريح الأصنام فقلت كيف أصنع فقال اتّخذه من الورق ولا تزد على مثقال** »[2] وقيل يجوز من الحجر الّذي يقال له ليثب ويجعل الفصل إلى الكف بخلاف النسوان. وإنّما ينختم القاضي أو السلطان لضرورة الختم. والترك أفضل في حقّ غيرهما. والمعتبر هو الحلقة دون الفص حتّى يجوز أن يكون من حجر. ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص. لأنّه تابع كالعلم. وشد الأسنان بالفضة دون الذهب خلاف محمد.

قال: **ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة.**

لما مرّ.

قال: **ويكره أن يلبس الصبي الذهب والحرير.**

لأنّه لما حرم لبسه حرم إلباسه كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه. والصحيح أنّه لا يكره الخرقة الّتي يمسح بها الوجه أو العرق أو يتمخط بها عن حاجة. وإنّما يكره إذا كان عن تكبر.

قال: **ولا يجوز الأكل والشرب والإدهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء.**

لقوله ﷺ في الّذي يشرب من إناء الذهب والفضة « **إنما يُجرجِر في بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة بشراب في إناء فضة فلم يقبله** »[3] وإذا ثبت في الشرب ثبت في غيره من الاستعمالات. لأنّه في معناه. ولأنّه تشبيه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين المسرفين. جص[4] يكره. ومراده التحريم في حقّ الرجال والنساء لعموم النهي. وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بمثل الذهب والفضة وما أشبهها من المكحلة والمرآة وغيرها.

قال: **ولا بأس باستعمال آنية الزجاج والبلور والعقيق.**

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[2] أبو داود السنن "**خاتم**" ٤؛ الترمذي السنن "**لباس**" ٤٣؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٤٤٩/٥.

[3] البخاري الصحيح "**أشربة**" ٢٧؛ مسلم الصحيح "**لباس**" ١؛ ابن ماجه السنن "**أشربة**" ١٧.

[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

وقال الشافعي يكره كالفضة. ونحن نتمسك بالإباحة الأصلية. وإنّما ترك في الحجرين لتفاخر المترفين بهما دونها.

قال: **ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة والجلوس على السرير المفضض والركوب على السرج المفضض**

إذا كان يبقى موضع الفضة. معناه موضع الفم في الإناء. وقيل موضع اليد في الأخذ أيضاً وموضع الجلوس في السرير والسرج. وقال أبو يوسف يكره. وعن محمد روايتان. وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالفضة والذهب والكرسي المضبب بهما. وإذا جعل ذلك في السقف والمسجد وحلقة المرأة أو جعل المصحف مذهباً أو مفضضاً. وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثغر إذا كان مفضضاً. وكذا الثوب إذا كان فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا. وهذا الاختلاف فيما يخلص. فأما التمويه الّذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع لهما أن المستعمل للجزء من الإناء مستعمل بجميع الإناء فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبي حنيفة ذلك تابع. ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص. **شح**[1] الجلوس على سرير من ذهب أو فضة [٤٦١/ب] يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. ويكره عند محمد كاختلافهم في الجلوس على الحرير. والصحيح أنّه يكره عندهم جميعاً. وفيه ذكر محمد في السير الكبير لا بأس للرجل أن ينقش بيته وينجده ويتجمل بالأواني والثياب ولا يجعله كأستار الكعبة. ولكن يؤزر بإزار. ولا بأس بأن يشتري الخادم والسري والثوب السُني وله أن يزين بيته بالديباج. ويتجمل بالأواني من الذهب والفضة بشرط أن لا يزيد به التفاخر والتكاثر. لأنّ فيه إظهار نعم الله تعالى لا يكره التكة من حرير. وعن أبي يوسف يكره. واختلف في غصب الجراح بالحرير لا يحلّ استعمال منطقة وسطها من ديباج. **ظم**[2] يحلّ إذا لم يبلغ عرضها أربع أصابع. وعن أبي حنيفة في عمامة عليها علم من فضة قدر ثلاث أصابع لا بأس. ومن ذهب يكره. وقيل لا يكره. ولما استولى عمر ﷺ على خزائن كسرى أمر سراقة بن جعشم ﷺ. وكان أطول أصحابه أن تلبس قباء كسرى فلبسه ثمّ قال له تحزم فتحزم ثمّ قال له بمنطق فشد المنطقة وكانت مذهبة فيها فصوص من جواهر فدل على لجواز وكان قبيعه سيف رسول الله ﷺ من فضة. وفي النوادر لا بأس بالسكين المفضض والمحابر والركاب. وعن أبي يوسف كره ذلك كله.

قال: **ويكره التعشير والنقط في المصحف.**

---

[1] شح : شمس الأئمة الحلواني

[2] ظم : ظهير الدين المرغيناني

لقول ابن مسعود ﷺ جردوا القرآن وروى المصاحف. وفي التعشير والنقط ترك التجريد. ولأنّ التعشير والنقط يخلّ بحفظ الآي والإعراب اتّكالاً عليهما فيكره. ه[1] قالوا في زماننا لا بدّ للعم من ذلك فتركه يخل بحفظ القرآن فيحسن النقط والتعشير.

قال: **ولا بأس بتحلية المصحف ونقش المسجد لا يجوز**

لأنّه تضييع. **شط**[2] قيل لا ينبغي أن يتكلّف لدقائق النفس. وقيل إن كان بديعاً بحيث يشتغل به قلب المصلي يكره. وإلاّ فلا. وقيل إن قل لا يكره. وإن كثر يكره. وقيل يكره في المحراب دون السقف والمؤخر. وقيل يجوز النقش على خشب المسجد دون النقر. والتخصيص حسن. لأنّه يحكم البناء. وهذا كلّه إذا فعله من كسبه الحلال. ومن مال المسجد ضمن في ما خلا التخصيص. وقيل يضمن التخصيص أيضاً. وقيل لو صرف في زماننا ما يفضل من العمارة إلى نفس المسجد يجوز كيلا يأخذه الظلمة. ولا بأس بأن يدخل أهل الذمّة المساجد كلّها. وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى ﴿ **إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام** ﴾[3] وقال مالك يكره في كلّها لنجاسة. ولنا « **أنّه** ﷺ **أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار** »[4] ولأنّ النجاسة الاعتقادية لا تلوث المسجد. والآية محمولة على الحضور استعلاءً وعراةً كما كان عادتهم في الجاهلية.

قال: **ويكره استخدام الخصي.**

لأن جواز استخدامهم حث [٤٦٢/أ] على هذا الصنيع. وهو مثله محرمة.

قال: **ولا بأس بإخصاء البهائم وإنزاء الحمر على الخيل.**

لأن فيه منفعة البهيمة والناس ول« **أنّه** ﷺ **كان يركب البغل** »[5] ولو حرم لما ركبه لما فيه من فتح بابه.

قال: **ويجوز أن يقبل الهدية والإذن قول العبد والصبي.**

---

[1] ه : هداية

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] التوبة ٢٨/٩

[4] الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٧٠/٤.

[5] علي المتقي كتر العمال ٤٥٣/١٢ ر ٣٥٥٤٧.

لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء. ولأنّه لا يمكنهم إحضار الشهود على الإذن إذا ضرب في الأرض أو دخل السوق وفيه من الحرج ما لا يخفى. جص[1] قالت جارية لرجل بعثني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها.

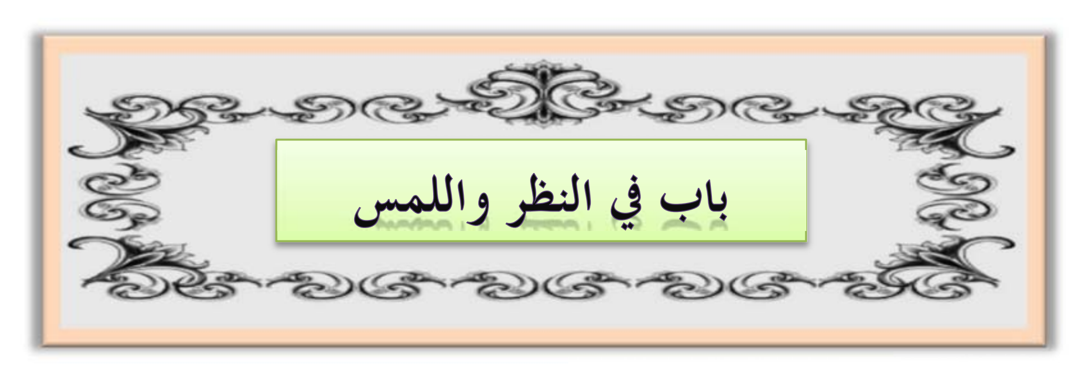
قال: **وتقبل في المعاملات قول الفاسق. ولا تقبل في إخبار الديانات إلا قول العدل.**

لأن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس. فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي إلى الحرج فقبل فيها قول الواحد عدلاً كان أو فاسقاً كافراً كان أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعاً للحرج بخلاف الديانات فإنّه لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فلا تقبل فيها إلا قول المسلم العدل. لأنّ الكافر والفاسق متهم. ولا يقبل قول المستور فيها في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة أنّه يقبل قوله فيها كشهادته عنده. وتقبل فيها قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولاً. ه[2] ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتّى إذا أخبره بها مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم. ولو كان المخبر فاسقاً أو مستوراً تحرى. فإن كان أكبر رأيه أنّه صادق يتيمم ولا يتوضأ. وإن كان أكبر رأيه أنّه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم. والتيمم بعده أحوط. ومنها الحلّ والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك. ومنها الإخبار عن رؤية هلال شهر رمضان وشوال وذي الحجّة. ومنها الإفتاء ورواية الأحاديث والشرائع.

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[2] ه : هداية



٦٣ . ٢ باب في النظر واللمس

٦٣ . ٢ . ١ فصل في النظر إلى الأجنبيات

قال: **ولا يجوز أن ينظر الرجل من الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها.**

لقوله تعالى ﴿ **ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها** ﴾[١] قال علي وابن عبّاس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم. والمراد موضعها. وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة في الآية مواضعها. ولأنّ في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً أو إعطاءً. قلت وهذا تنصيص عما أنّه لا يباح النظر إلى قدميها وذراعيها والناس عنه غافلون. وعن أبي يوسف أنّه يباح النظر إلى ذراعيها أيضاً. لأنّه قد يبدوا منها عادة. وقد استقصينا الكلام فيه في باب شروط الصلاة من هذا الكتاب.

قال: **فإن كان لا يأمن الشهوة لم ينظر إلى وجهها إلا لحاجة.**

لقوله عليه السلام « **من نظر إلى مَحاسنِ امرأةٍ أجنبيَّةٍ عن شهوةٍ صُبَّ في عينيه الآنُكُ يومَ القيامة** »[٢] فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرّزاً عن المحرم. هـ[٣] وقوله لا بأس يدلّ على أنّه لا يباح إذا شك في الاشتهاء كما إذا غلب على ظنه ذلك. ولا يحلّ أن يمسّ وجهها ولا كفيها. وإن كان [٤٦٢/ب] يأمن الشهوة لقيام المحرم وانتفاء الضرورة والبلوى بخلاف النظر. لأنّ فيه بلوى. والمحرم قوله عليه السلام « **من مَسَّ كَفَّ امرأةٍ ليس منها بسبيلٍ وُضِع على كفِّه جمرةٌ يوم القيامة** »[٤] وهذا في الشابة المشتهاة. فأما العجوز الّتي لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام الفتنة. وروي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يصافح العجائز من قبيله استرضع فيها. وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزاً لتمرضه وكانت تغمز رجله وتغلي

---

١ النور ٣١/٢٤

٢ الزيلعي "نصب الراية" ٣٠٨/٤.

٣ ه : هداية

٤ الزيلعي "نصب الراية" ٣٨٠/٤.

رأسه. وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه. وعليها لما قلنا. وإن كان لا يأمن عليها لا يحلّ مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها. والنظر إليها لانتفاء خوف الفتنة.

قال: **ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي.**

للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة الشهادة والقضاء.[1] ولكن ينبغي أن يقصد به إذا واجب الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرّزاً عن قصد القبيح. وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى. قيل يباح له. والأصحّ أنّه لا يباح لوجود من لا يشتهى بخلاف حالة الأداء. وإذا أراد أن يتزوّج لا بأس أن ينظر إليها. وإن علم أنّه يشتهيها لقوله ﷺ « **أبصرها فإنّه أَحْرَى أن يُودَم بينكما** »[2] أي يؤلف. ولأنّ مقصوده إقامة السُنة لا قضاء الشهوة. ص[3] ويستحبّ أن يولج النظر فيها إيلاجاً.

قال: **ويجوز للطبيب أن ينظر[4] إلى موضع المرض منها.**

للضرورة. وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها. لأنّ نظر المرأة إلى المرأة أبعد من الفتنة. فإن لم تقدر بستر ما سوى موضع المرض ثمّ ينظر ويغض بصره ما استطاع. لأنّ ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الختان والخافضة. وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل. لأنّه مداواة. ويجوز الاحتقان للمرض الهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف.

٦٣ . ٢ . ٢ فصل في نظر الرجل من الرجل

قال: **وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرته إلى ركبته.**

لقوله ﷺ « **عورةُ الرجلِ ما بين سُرَّته إلى رُكبتِه** »[5] ويروي ما دون سرته حتّى يجاوز ركبته. وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافاً لما يقوله أبو عصمة[6] والشافعي والركبة عورة خلافاً لما يقوله الشافعي[7] والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر. وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله

---

[1] ق : والحكم
[2] ابن حبان صحيح "**نكاح**" ١ بلفظ "اذهب فانظر إليها فإنه أحدر أن يودم بينكما"
[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[4] ف : - أن ينظر
[5] أبو داود السنن "**لباس**" ٣٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٢٩/٢؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٣٩/١؛ الدارقطني السنن ٢٣٠/١.
[6] ف : - أبو عصمة
[7] ف : - والركبة عورة خلافاً لما يقوله الشافعي

أبو بكر محمد بن الفضل النجاري. وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنّه قال « **الركبة من العورة** »[1] وأبدى الحسين بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة رضي الله عنه. وقال ﷺ لجرهد رضي الله عنه « **وار فخذك** »[2] أما علمت أن الفخذ عورة. وحكم العورة في الركبة أخفّ منه في الفخذ. وفي الفخذ أخفّ منه في السرة حتّى أن من كشف ركبته ينكر عليه برفق. ومن كشف الفخذ يعنف عليه. ومن كشف السرّة يؤدب إن لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس. لأنهما فيما ليس بعورة سواء إذا لم يكن لشهوة.

٦٣ . ٢ . ٣ فصل في نظر المرأة إلى الرجل

قال: **ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه**[3] [٦٣٤/أ] **إذا أمنت الشهوة.**

لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدوابّ. ص[4] نظر المرأة إلى الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى ذوات محارمه. لأنّ النظر إلى خلاف الجنس أغلظ. فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنّها تشتهي أو شكت في ذلك يستحبّ لها أن تغض بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل. وهو بهذه الصفة لم ينظر. وهو إشارة إلى التحريم. والفرق أن الشهوة عليهنّ غالبة. وهو كالمتحقّق اعتباراً. فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك إذا اشتهت المرأة. لأنّ الشهوة غير موجودة في جانبه لا حقيقة ولا اعتباراً أو الشهوة من الجانبين أشد إفضاء إلى المحرم منه في جانب واحد.

٦٣ . ٢ . ٤ فصل في نظر المرأة إلى المرأة

قال: **وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل.**

لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل إلى الرجل. وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه بخلاف نظرها إلى الرجل. لأنّ الرجال يحتاجون إلى زيادة الإنكشاف لأعمالهم. والأوّل أصحّ.

٦٣ . ٢ . ٥ فصل في نظر الرجل من أمته

قال: **وينظر الرجل من أمته الّتي تحلّ له وزوجته إلى فرجها.**

---

[1] أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٨٧/٢.

[2] الترمذي السنن "**أدب**" ٤٠؛ الدارقطني السنن ٢٢٥/١.

[3] ق : + منه

[4] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

ولهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة. وأصله قوله ﷺ « **غُضَّ بصرَك إلا عن أَمتِك وامرأتِك** »[1] ولأنّ إباحة ما فوق النظر من المساس والغشيان يدلّ على إباحة النظر. لكن الأولى أن لا ينظر كلّ واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله ﷺ « **إذا أتى أحدُكم أهلَه فليستتِر ما استطاع ولا يتجرَّدان تجرُّد العِيرِ** »[2] ولأنّه يورث النسيان بالأثر وكان عمر رضي الله عنه يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل اللذة.

٦٣. ٢. ٦ فصل في نظر الرجل من ذوات محارم

قال: **وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين. ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها.**

لقوله تعالى ﴿ **ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن** ﴾[3] الآية. والمراد والله أعلم مواضع الزينة. وهو ما ذكر في الكتاب. ويدخل في ذلك الساعد والأذن والعنق والقدم. لأنّ كلّ ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ. لأنّها ليست[4] من مواضع الزينة. ولأنّ البعض يدخل على البعض من غير استئذان والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج. وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها. لأنّها لا ينكشف عادةً والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد [٤٦٣/ب] بنسب أو بسبب كالرضاع والمصاهرة وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو[5] سفاح على الأصح.

قال: **ولا بأس[6] أن يمسّ ما جاز أن ينظر إليه منها.**

لتحقّق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث لا يباح المس. وإنّه أبيح النظر. لأنّ الشهوة فيها متكاملة. وإن خاف على نفسه أو محرمته الشهوة لا ينظر ولا يمسّ لقوله ﷺ « **العَينانِ تَزنِيان وزِناهما النظرُ واليدان تَزنِيان وزِناهما البَطْشُ** »[7] وحرمة الزنا بذوات

---

[1] أبو داود السنن "**حمّام**" ٢؛ الترمذي السنن "**أدب**" ٢٢؛ ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٢٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٥/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٣١٤/٤.

[2] ابن ماجه السنن "**نكاح**" ٢٨؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ١٩٤/٦؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ١٣/٧.

[3] النور ٣١/٢٤

[4] ق : – ليست

[5] ف : – عادةً والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب أو بسبب كالرضاع والمصاهرة وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو

[6] ف : + بينه وبينها على التأبيد بنسب أو بسبب كالرضاع والمصاهرة وسواء كانت المصاهرة بنكاح

[7] أبو داود السنن "**نكاح**" ٤٢؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٤٣/٢؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٨٩/٧.

محارمه أغلظ فيتجنب. ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن. فإن احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها إذا أمنا الشهوة. فإن خافها على نفسه أو عليها تيقناً أو ظناً أو شكاً فليجتنب ذلك بجهة ثمّ إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع من ذلك. وإلا يتكلّف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها. وإن لم يجد الثياب بدفع الشهوة عن نفسه بقدر الإمكان.

قال: **وينظر الرجل من مملوكه إلى ما يجوز أن ينظر منه إلى ذوات محارمه.**

لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حقّ الأجانب كحال المرأة داخل البيت في حقّ محارم الأقارب. وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة. وقال ألقى عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر. قال محمد بن مقاتل هي بمترلة الرجل في حقّ الرجل. وكمال الشهوة في الإماء دون الرجال تبطل قوله ولفظ المملوك ينتظم المدبّرة والمكاتبة وأمّ الولد والمستعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة على ما عرف. وأما الخلوة والمسافرة بهما. فقيل يباح كالمحارم. وقيل لا لعدم الضرورة فيهن. وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن. وفي ذوات المحارم مجرّد الحاجة.

قال: **ولا بأس أن يمسّ ذلك إذا أراد الشرى وإن خاف أن يشتهي.**

جص[1] مثله. قال مشايخنا يباح النظر حالة الشرى. وإن اشتهى للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى تيقناً أو ظناً. لأنّه استمتاع بعين الغير وفي غير[2] حالة الشرى يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة. وإذا بلغت الأمة لم تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء.

قال: **والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل.**

لقول عائشة رضي الله عنها[3] الخصا مثله فلا يبيح ما كان حراماً. ولأنّه فحل يجامع. وكذا المجبوب. لأنّه يستحقّ ويترل. وكذا المخنث في الردي من الأفعال. لأنّه فحل فاسق. فالحاصل أنّه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المترل فيه والطفل [٤٦٤/أ] الصغير مستثنى بالنصب.

٦٣. ٢. ٧ فصل في نظر المملوك إلى سيدته

قال: **ولا يجوز للمملوك أن ينظر إلى سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليها منها.**

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[2] ق : - غير
[3] ق : + في

وقال مالك هو كالمحرم. وهو أحد قولي الشافعي لقوله تعالى ﴿ **أو ما ملكت إيمانهن** ﴾[١] ولنا أنّه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحقّقة بجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة. لأنّه يعمل خارج البيت. والمراد بالنصف لا ما قال سعيد والحسن وغيرهما لا يغرنكم سورة النور. فإنها في الإناث[٢] دون الذكور. **تح**[٣] يجوز للأجانب النظر إلى الصغائر ومسهن إذ ليس لبدن الصغار والصغائر[٤] حكم العورة. **شص**[٥] واختلف في غمز الرجل فخذ الذكر[٦] فوق الإزار. فقيل[٧] يجوز إذا كان الإزار كثيفاً. وبه الحلواني. والاحتياط تركه ومس ما تحت الإزار على ما يعتاده الجملة[٨] في الحمام حرام. **شح**[٩] نظره إلى عورة غيره وهي غير بادية لم يأثم وفيه وهذا يدلك على أنّه لا بأس بالنظر إلى شعر[١٠] المراهقة. **شذ**[١١] النظر إلى ملاءة الأجنبية لشهوة حرام.[١٢] قلت ومر بي في منية الفقهاء وغيره أن النظر إلى عظم ذراع الحرّة الميتة وساقها وفخذها حرام. وقيل في ظفر رجلها المقطوعة دون كفها. سئل أبو حنيفة عمن يمسّ فرج امرأته أو تمس فرج زوجها ليتحرك. قال لا بأس به وأرجو أن يعظم به[١٣] الأجر. **جت**[١٤] لا بأس بالمصافحة. ويكره المعانقة. **مس**[١٥] هذا في إزار واحد. أما إذا كان عليه قميص فلا بأس به. ولا يقبل شيء من الرجل عند أبي حنيفة ومحمد. ورخص أبو يوسف في التقبيل والمعانقة « **عانق رسول الله ﷺ جعفراً حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه** »[١٦] قيل القبلة على خمسة أوجه. قبلة المودّة للولد من الوالد على الخدين وقبلة الرحمة للوالدين على الرأس وقبلة الشفقة من الأخ للأخت على الجبهة وقبلة التحية بين المؤمنين على اليد وقبلة

---

١ النور ٣١/٢٤

٢ ف : - في الإناث

٣ تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

٤ ف : - ومسهن إذ ليس لبدن الصغار والصغائر

٥ شص : شرح الصباغي

٦ ق : الرجل

٧ ف : - فقيل

٨ ف، ق : الجرملة

٩ شح : شمس الأئمة الحلواني

١٠ ف : - شعر

١١ شذ : شرح أبي ذر

١٢ [illegible]

١٣ [illegible]

١٤ [illegible] : جمع التفاريق للبقالي

١٥ مس : مجموعات سمرقندي

١٦ أبو داود السنن "**أدب**" ١٥٨؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٨١/٦.

الشهوة على الفم. **شط**[1] وقيل يقبل يد العالم والسلطان العادل سنه وفي يد غيرهما كلام. فالمختار أن لا رخصة فيه. وأما تقبيل يد صاحبه عند اللقاء فمكروه بالإجماع. وكذا تقبيل الأرض بين يدي العظام حرام. وكلاهما يأثم لأنّه يشبه عبارة الوثن. **شذ**[2] لا بأس أن يقبل من ابنه الصغير ما شاء منه. وكذا الأجانب شفقة عليه.[3] **جت**[4] الغلام إذا بلغ حدّ الشهوة كالفحل والكافرة كالمسلمة. وعن إبراهيم لا بأس بالنظر إلى شعور من الأحرمة لهن في ذلك.[5] ويكره كشف الفخذ في ملاء من الناس. ويباح في الحمام. وعن محمد بن مقاتل لا بأس بأن يطلي عورة غيره بالنورة كالختان ويعصب بصره.[6] وكان ﷺ يتولاه [٤٦٤/ب] بنفسه. قال إبراهيم كان أبو حنيفة يرى لصاحب الحمام أن ينظر إلى العورة. وحجته الختان. وقيل في ختان الكبير إذا أمكنه أن يختن نفسه. وإلا لم يفعل إلا أن لا يمكنه النكاح أو شري الجارية. والظاهر في الكبير أنّه يختن. ويكفى إذا قطع أكثر من النصف والمجدبات والذمية هل لها النظر إلى بدن المسلمة؟ فيه وجهان. والأصحّ أنّه لا يجوز. وهي كالرجل الأجنبي. والأصحّ أن كلّ عضو لا يجوز النظر إليه قبل الانفصال لا يجوز بعده كشعر رأسها وقلامة رجلها وشعر عانته. **شس**[7] لو كانت أمته مجوسية أو وثنية أو مزوجة أو مكاتبة أو مشتركة فهي كالأجنبية. والمجبوب الّذي جف ماؤه رخص بعض مشايخنا في اختلاطه بالنساء للأمن من الفتنة. وهو أحد ما قيل في قوله أو التابعين غير أولى الأربة من الرجال. وقيل هو المخنث الّذي لا يشتهي النساء. وقيل هو الأبله الّذي لا يدري ما يصنع بالنساء وهمته بطنه. وقيل إذا كان شاباً ينحي عنهن. وإلا صحّ الاحتياط عن إبداء مواضع الزينة الباطنة بكلهم إلا أن يكون صغيراً. **جش**[8] ولا يجوز للرجل مضاجعة الرجل وإن كان كلّ واحد منهما في جانب من الفراش. قال ﷺ « **لا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد ولا تفضي المرأة إلى المرأة في ثوب واحد** »[9] وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين يجب التفريق بينها وبين أخيه واخته وأمه وأبيه في المضجع لقوله ﷺ « **وفرقوا بينهم في المضاجع وهم أبناء عشر وفي أليق إذا بلغوا ستاً** »[10]

---

١ شط : شرح الطحاوي

٢ شذ : شرح أبي ذر

٣ ق : – عليه

٤ جت : جمع التفاريق للبقالي

٥ ف : + قبل

٦ وذكر الكرخي في الكبير يختنه الحمامي وكذا عن ابن مقاتل لا بأس للحمامي أن يطلي عورة غيره بالنورة. البحر الرائق ٩٦/٧.

٧ شس : شرح السرخسي

٨ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري

٩ مسلم الصحيح **"حيض"** ١٧؛ أبو داود السنن **"حمام"** ٣؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٩٨/٧.

١٠ أبو داود السنن **"صلاة"** ٢٦؛ الدارقطني السنن ٢٣٠/١؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢٢٩/٢.

٦٣ . ٢ . ٨ فصل في العزل

قال: **ويعزل عن أمته بغير إذنها. ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها.**

لأنه ﷺ « **نهى عن العزل عن الحرّة إلا بإذنها** »[١] وقال ﷺ لمولى أمته « **اعزل عنها إن شئت** »[٢] ولأنّ الوطئ حقّ للحرة لقضاء الشهوة وتحصيل الولد. ولهذا تخير في الجب والعنه. ولا حقّ للأمة في الوطئ. هـ[٣] ومن اشترى جارية. فإنّه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتّى يستبرئها لقوله ﷺ في سبايا أوطاس[٤] « **ألا لا توطأ حامل حتّى تضع لا حائل حتّى تستبرأ بحيضة** »[٥] وعلته استحداث الملك واليد بحكمه التعرف عن براءة الرحمن صيانة للمياه المحترمة عن الاحتياط والأنساب عن الاشتباه فيعم الحكم موارد استحداث الملك واليد كالشرى والهبة والوصيّة والميراث والخُلع [٤٦٥/أ] والكتابة ونحوها. ويجب على المشتري دون البائع. ويجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحلّ له وطئها. وكذا إذا كانت بكراً لم توطأ ولا يجتزئ بالحيضية الّتي حاضتها بعد الملك قبل القبض ولا بالولادة بعده قبل القبض خلاف أبي يوسف. ولا بعد القبض في بيع الفضولي قبل الإجازة. ولا في الشرى الفاسد حتّى يشتريها صحيحاً يجتزئ بالحيضة الّتي حاضتها بعد القبض. وهي مجوسية أو مكاتبة ثمّ أسلمت وعجزت. ولا يستبرئ من الآبقة إذ رجعت والمغصوبة إذا ردت والمرهونة إذا فكت. وإذا حرم الوطئ حرم الدواعي لاحتمال وقوعها في غير الملك بظهور الحبل بخلاف الحيض. فإنّه لا يحرم الدواعي. وعن محمد لا يحرم الدواعي في المسبّبة. وحكمه حكم العدّة في الآيسة والصغيرة والحامل على ما مرّ. ولو أشتراها وارتفع حيضها تركها حتّى إذا تبين أنّها ليست بحامل وقع عليها. وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية. وقيل يتبين بشهرين وثلاثة. وعن محمد أربعة أشهر وعشر. وعنه شهران وخمسة أيّام. وعن زفر سنتان. وهو رواية عن أبي حنيفة. ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد لما مرّ في الشفعة. والفتوى على قول أبي يوسف فيما علم أن البائع لم يقربها في طهرها. وعلى قول محمد فيما إذا قربها. والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرّة أن يتزوّجها ثمّ يشتريها ويقبضها. وإذا كانت تحته حرّة تزوّجها المولى قبل المبيع ممن يوثق به ثمّ يشتريها ويقبضها ثمّ يطلقها الزوج.

---

١ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٣٣٩/١؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٥١/٤.

٢ مسلم الصحيح "**نكاح**" ٢٢؛ أبو داود السنن "**نكاح**" ٤٩؛ البيهقي "**السنن الكبرى**"

لهم. معجم ما استعجم ٢١٢/١.

٥ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٥٢/٤.



٦٣ . ٣ باب في الاحتكار

قال: **ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان في بلد يضر الاحتكار بأهله.**

وكذا التلقي. وإلاّ فلا بأس به. أصله قوله ﷺ « **الجالب مرزوق والمحتكر ملعون** »[١] ولأنّه تعلّق به حقّ العامة. وفي الامتناع عن البيع إبطال حقّهم. ويضيق الأمر عليهم فيكره. وذلك في البلدة الصغيرة دون المصر الكبير. وكذا التلقي قالوا وهذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلد. فإن لبس يكره في الوجهين. وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف كلّ ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار.[٢] وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً عن محمد أنّه قال لا احتكار في الثياب. فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر. [٤٦٥/ب] وأبو حنيفة الضرر المتعارف ثمّ المدّة إذا قصرت لا يكون احتكاراً. وإذا طالت يكون ثمّ قيل هي مقدّرة بأربعين يوماً لقوله ﷺ « **من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه** »[٣] وقيل بالشهر ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط. وقيل المدّة للمعاقبة في الدنيا. أما الإثم فيثبت. وإن قلت مدته فالحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة.

قال: **ومن احتكر غلّة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر.**

---

[١] ابن ماجه السنن "**تجارات**" ٦؛ البيهقي "**السنن الكبرى**"

الظلم. بدائع الصنائع ١٢٩/٥.

[٣] أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٨١/٨؛ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٥٧٨/١٠.

أما غلّة ضيعته فلأنها خالص حقه لم يتعلّق به حقّ العامة. وصار كما إذا امتنع عن الزرع. وأما المجلوب فالمذكور قول أبي حنيفة. لأنّ حقّ العامة فيما جمع[1] المصر للبيع وفناء المصر دون غيره. وقال أبو يوسف يكره لإطلاق ما روينا. وقال محمد كلّ ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلّق حقّ العامة به بخلاف ما لم يجلب إليه عادة.

٦٣. ٣. ١ فصل في التسعير

قال: **ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس.**

لقوله ﷺ « **لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط** »[2] ولأنّ الثمن حقّ العاقد فإليه تقديره. وإذا رفع هذا الأمر إلى القاضي يأمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار. فإذا رفع إليه مرّة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس. فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعددون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس بمشورة من أهل الرأي والبصر. وإذا فعل ذلك وباع رجل بأكثر منه إجازة القاضي. وهذا ظاهر عند أبي حنيفة. لأنّه لا يرى الحجر على الحرّ. وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الإمام صحّ. لأنّه غير مكره على البيع. وفي بيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه اختلاف. وقيل يبيع بالاتّفاق. لأنّ أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام. شط[3] ويمنع القاضي المحتكر عن البيع بضعف القيمة.

قال: **ويكره بيع السلاح في أيّام الفتنة.** ه[4]

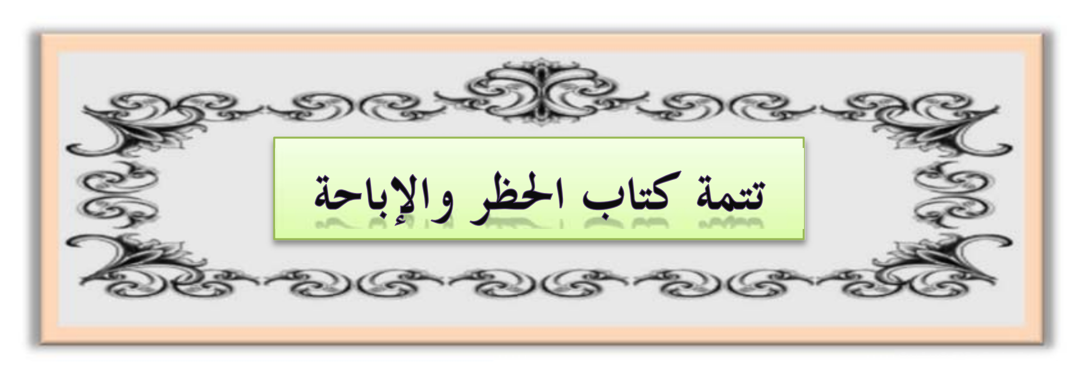
معناه ممن يعرف أنّه من أهل الفتنة. لأنّه سبب إلى المعصية. وقد بيّنّاه في السير. وإن كان لا يعرف أنّه من أهل الفتنة لا بأس به.

قال: **ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم منه أن يتّخذه خمراً.**

لأن المعصية لا يقام بعينه [٤٦٦/أ] بل بعد تعيره بخلاف بيع السلاح في أيّام الفتنة. لأنّ المعصية تقوم بعينه. ه[1] ومن أجرها ليتحد فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالشواد فلا بأس به عند أبي حنيفة خلافهما. ولو حمل الذمي خمراً يطيب له الأجر عنده أيضاً خلافهما.

---

[1] ف : + في
[2] الزيلعي **"نصب الراية" ٤/٢٦٢.**
[3] شط : شرح الطحاوي
[4] ه : هداية



٦٣ . ٤ تتمة كتاب الحظر والإباحة

وإنما أوردها. وإن لم تكن من فروع المسائل المذكورة في هذا الكتاب لعموم البلوى بها. وهي تشتمل على عشرين فصلاً.

٦٣ . ٤ . ١ فصل في الكتابة جش[٢] خك[٣]

الرسائل والكتب الّتي لا منفعة فيها يمحى عنها اسم الله تعالى وملائكته ورسله ويحرق الباقي. وإن ألقاها في الماء ا لجاري كما هي أو دفنها لا بأس به. والدفن أحسن كما في الأنبياء والأولياء إذا ماتوا. وكذا جميع الكتب إذا بليت وخرجت عن الانتفاع بها. شب[٤] كتب اسم الله تعالى ببساط يحاط بالإبريسم ويطلى بالمسك. وإن كان عليه تصاوير يحاط بالصوف ويطلى بالمعرة فألطف في العبادة واستعظم اسم الله تعالى. مت[٥] قال أبو بكر الرازي في أصول الفقه. فأما ما يوجد من كلام رجل في مذهبه في كتاب معروف له قد تداولته النسخ. فإنّه يجوز لمن نظر فيه أن يقول قال فلان كذا وكذا وإن لم يسمعه من أحد. لأنّ وجوده بهذا الوصف بمنزلة الخبر المتواتر. شذ[٦] في صلاة أبي ذر يجوز كتابة الآية أو الآيتين بالفارسية. ولا يجوز أكثر منه. قال الرازي ومن كتب أكثر منه أخاف أن يكون مجنوناً أو زنديقاً فيشد أو يقتل. ويكره كتبة التفسير بالفارسية في المصحف كما يعتاده البعض. ورخص فيه الهندواني. وما كتب سليمان عنه الفاتحة بالفارسية لأهل الروم كان لضرورة عن أبي حنيفة القصص المكروه أن يحدث الناس بما ليس له أصل معروف من أحاديث الأولين أو يزيد أو ينقص ليزين به قصصه أو يعظ الناس بما لا يتعظ به[٧] أو قبله شاه. فأما ما سواه فغير مكروه. قال أستاذنا الإمام العلامة نجم الملة والدين أبو طاهر الحفصي يريد به الزيادة في

---

١ ه : هداية
٢ جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
٣ خك : خلاصة الأكمل
٤ شب : شرح بكر خواهر زاده
٥ مت : مجد الأئمة الترجماني
٦ شذ : شرح أبي ذر
٧ ق : – به

أصله والنقصان منه. أما التزيين بالعبارات اللطيفة المدققة والشرح للفوائد الّتي يتضمّنها الكلام فذاك حسن. شح[1] لا بأس شراء الدراهم الّتي كتب فيه اسم الله تعالى. وقيل يكره. جش[2] يحلّ للقاضي أخذ الأجر بكتابة السجلات والوثائق قدر ما يأخذه أمثاله في تحرير الكتابة والعلم بالشروط وقدر. فقيل إذا كتب الوثيقة بمال يبلغ ألفا ففيه خمسة دراهم. وفي الألفين عشرة مشقة الأوّل من [٤٦٦/ب] الألف إن كان مثل مشقة الألف ففيه خمسة. وإن كان ضعفها فضعفها.[3] وإن كان خمسمائة فدرهمان ونصف. روي ذلك عن أبي حنيفة. شس[4] هذا يختلف باختلاف الزمان والقحط والسعة. قلت والأصحّ أنه مقدّر بقدر المشقة. وقد تزداد مشقة كتبة الوثيقة في أجناس مختلفة تبلغ ماليتها مائة على مشقة ألف ألف في النقود ونحوها. وقيل القاضي لا يستحقّ الأجر. وقيل إنما يستحقه إذا لم يكن في بيت المال شيء. وفي نصاب الفقهاء ظم[5] لا بأس بوضع القرطاس الّذي فيه اسم الله تعالى تحت[6] الطنفسة.[7]

٦٣. ٤. ٢ فصل في الحظر شح[8]

أفتي[9] بجواز المخاطرة في المناظرة إذا شرط المال من أحد الجانبين بأن يقول لصاحبه إن أصبت فلك المال. وإلاّ فلا شيء. وإن شرط من الجانبين فهو قمار[10] حرام. ط[11] وإن كان المال من الجانبين فأدخلا بينهما ثالثاً وقالا إن سبقتنا فالمالان لك. وإن سبقناك فلا شيء لنا يجوز استحساناً. وعن ابن المسيب ثمّ إذا أدخلا الثالث فإن سبقاه على التعاقب فالسابق يستحقّ المال على صاحبه. قال محمد إدخال الثالث إنما يكون حيلة إذا توهم سبق الثالث أو كونه مسبوقاً. وإلاّ فلا. فإن جوازه بالنصب مقيّد بهذا الشرط. قال

---

[1] شح : شمس الأئمة الحلواني
[2] حش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[3] [illegible] تعالى. الفتاوى الهندية ٥٢٩/٤.
[4] شس : شرح السرخسي
[5] ظم : ظهير الدين المرغيناني
[6] [illegible]
[7] [illegible] القبيح. القاموس المحيط ٧١٥/١.
[8] شح : شمس الأئمة الحلواني
[9] ق : – أفتي
[10] ق : مال
[11] ط : المحيط

ﷺ « **من أدخل فرساً بين فرسين** »[1] فإن كان يأمن إن سبق فلا خير فيه. وإن كان لا[2] يأمن أن يسبق فلا بأس به. وفي بعض النسخ فإن سبقه[3] حلّ المال. وإن أبى يجبر عليه. قلت وهكذا في المناضلة والمجازاة.

٦٣. ٤. ٣ فصل في الهبة والصدقة جش[4] خك[5]

أعطى لبعض ولده زيادة جاز إذا كان لزيادة صلاحه. وإن كان فاسقاً لا يجوز أن يعطيه إلا قوته. وفي أحكام القرآن للرازي في قوله تعالى ﴿ **لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى** ﴾[6] المنّ أن يقول أحسنت إلى فلان وأعنته. والأذى نحو قوله أنت فقير أبداً وقد بليت بك وأراحني الله منك ونحوه. **شح**[7] إذا احتاج إلى الطعام فأعطاه إنسان فعليه أن يقبل. ولا يجوز له الردّ مريض لا يقدر على الكسب والتكدي بغرض على كلّ أحد علم بحاله أن ينفق عليه. فإن علم أنّه إن لم أواسه يواسيه غيره فهو[8] في سعة من تركه كاللقطة إذا رأها. **ط**[9] مات فقيراً فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه. فإن عجزوا أو ضيعوا فعلى من بعد. **شس**[10] والأفضل للمرأ أن يشارك أهل محلته في إعطاء النائبة. لكنّا نقول هذا كان في ذلك الوقت. لأنّه أعانه على الطاعة. وفي زماننا يؤخذ أكثر النوائب ظلماً. فمن تمكن [٤٦٧/أ] من دفع الظلم عن نفسه فحسن. وإن أعطى فليعط عمن هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه. نستعين به على دفع الظلم.

٦٣. ٤. ٤ فصل في الإجارة والبيع مت[11] يت[12]

لدخل[13] السفينة أو ليحتجم[14] أو[15] يدخل الحمام أو يشرب من السقائم يدفع الأجرة أو يمر الماء يجوز استحساناً. **خك**[1] **قد**[2] دفع قطعه إلى حمامي أو حجام أو فصاد أو خلاف و لم يبين مقداره والعمل جاز

---

[1] أبو داود السنن "**جهاد**" ٦٩؛ ابن ماجه السنن "**جهاد**" ٤٤.
[2] ق : - لا
[3] ق : سبق
[4] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[5] خك : خلاصة الأكمل
[6] البقرة ٢/٢٦٤
[7] شح : شمس الأئمة الحلواني
[8] ف : - فهو
[9] ط : المحيط
[10] شس : شرح السرخسي
[11] مت : مجد الأئمة الترجماني
[12] يت : يوسف الترجماني
[13] ف : يدخل
[14] ف : يحتجم
[15] ق : - لدخل السفينة أو ليحتجم أو

استحساناً من غير نكير من السلف. وكذلك لو دفعها إلى بقولي أو فقاعي أو السمسار أو المنادي للتعامل. **صغر**[3] وجد دنانير مديونه وله عليه درهم فله أن يأخذها لاتّحادها جنساً في الثمنية. **شذ**[4] قالوا ليس لصاحب الحقّ أن يأخذ غير جنس حقه إذا لم يظفر بجنس حقه. وقال الشافعي له ذلك. وهو الأوسع لتعينه طريقاً لاستيفاء حقه فينتقل حقه من الصورة إلى المالية كما في الغصب والإتلاف. **شح**[5] لصاحب المال أن يمسك مال المديون على وجه الذهن بغير إذنه. وقيل إذا آيس منه فله أن يأخذه مكان حقه قضاء عن دينه. **ن**[6] معلم طلب من الصبيان أثمان الحصير فجمعها وصرف بعضها إلى حاجته واشترى بالبعض حصيراً فبسطه[7] في المكتب ثمّ في بيته يسعه ذلك. لأنّه تمليك له من الأباء. **قخ**[8] لا بأس ببيع السرقين. ويكره بيع العذرة الخالصة مسلم باع خمراً وقضى بثمنها دينه يكره لصاحب الدين أن يأخذه. ولو كان[9] وكل نصرانياً ببيعها فله أخذه.

٦٣. ٤. ٥ فصل في الوطئ **جت**[10]

أتى بهيمة ذبحت. ويكره الانتفاع بها في حياتها وموتها. **طح**[11] إذا كان له ذبحت فله توكل. وعن أبي يوسف لا تحرق إذا كانت توكل. **جش**[12] قول أصحابنا ندع ويحرق على وجه الاستحباب.[13] لأنّه تستخبث عادة أكل لحمها فصار كاللحم المنتن. **نم**[14] تذبح ثمّ تؤكل ولا تحرق وعند أبي حنيفة وعند أبي يوسف. وهكذا بلغنا عن عمر رضي الله عنه أنّه أتى برجل أتى بهيمة فلم يجده وأمر بها فأحرقت بالنار بعد الذبح. ولو كانت لغيره يضمن القيمة ثمّ يذبح فيحرق. وكره محمد الجمع بين الأمتين والمرأتين في فراش واحد ويطأ إحديهما بمرأى الأخرى. وقال أبو يوسف لا بأس به. **جت**[15] ذكر أبو بكر لا بأس بوطئ المنكوحة

---

[1] خك : خلاصة الأكمل
[2] قد : شرح قدوري كبير
[3] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[4] شذ : شرح أبي ذر
[5] شح : شمس الأئمة الحلواني
[6] ن : النوازل
[7] ق : يبسطه
[8] قخ : قاضي خان
[9] ق : - كان
[10] جت : جمع التفاريق للبقالي
[11] طح : الطحاوي
[12] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[13] ف، ق : استحسان الجهة
[14] نم : نوري الأئمة منصوراني
[15] جت : جمع التفاريق للبقالي

بمعاينة الأمة دون عكسه. ولا بأس بالوطئ ومعه قوم ينام إذا ظن أنهم لا يعلمون ورث أمة أبيه ولا يعلم بوطئه إياها. فإن كان نواها بيتا لم يطأها.[1]

٦٣. ٤. ٦ فصل في الالتقاط فخ[2]

لا يأمر[3] بجمع السرقين في أرض قوم والشوك والاحتشاش والتقاط السنابل الّتي يتركها المالك. [٤٦٧/ب] وكذا في أرض اليتامى.[4] هو الصحيح. جت[5] وحديثنا لا قيمة له لا بأس بالانتفاع به. وإن كان ذا قيمة وهو غني بالأحب أن يتصدّق به. وعن محمد في الشوط والحبل ونحوهما مما له قيمة يسره يتصدّق بثمنه إن انتفع به. وتركه أفضل. ث[6] كرهه وأطلقه الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه. قد[7] قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا بأس بأن يلتقط الرجل النوى وقشور الرمان إذا نبذها مالكها ولصاحب النوى أن يأخذها من الملتقط. نم[8] المختار أنّه يملكها الملتقط. جت[9] لو ترك صاحب الذواب السرقين في الخان فهو لمن أخذه. ث[10] سيب دابّته فأصلحا غيره فهي له إذا كان قال عند التسييب جعلتها لمن أخذها. وإلاّ فلا. وكذلك فيمن أرسل صيداً له. وإن اختلفا فالقول للمالك.

٦٣. ٤. ٧ فصل في السفر فج[11] مل[12]

أجمعوا أن العجوز لا تسافر بغير محرم ولا تخلوا برجل شاب أو شيخ شصد[13] لا يباح الخلوة بأمة الغير ولا المسافرة بها. شس[14] يباح. ث[15] لا يكره للأمة والمدبّرة وأمّ الولد المسافرة بلا محرم. وفي زماننا

---

[1] ق : + به
[2] فخ : فتاوى خواهر زاده
[3] ف، ق : بأس
[4] ق : – اليتامى
[5] جت : جمع التفاريق للبقالي
[6] ث : أبو الليث
[7] قد : شرح قدوري كبير
[8] نم : نوري الأئمة منصوراني
[9] جت : جمع التفاريق للبقالي
[10] ث : أبو الليث
[11] فج : الفتاوى ابو جعفر
[12] مل : الأمالي
[13] شصد : شرح صدر القضاة
[14] شس : شرح السرخسي
[15] ث : أبو الليث

يكره. ولا يحلّ للرجل أن يجلس عارياً في بيت خال. قال ﷺ « **الله أحقّ أن يستحي منه** »[1] **قخ**[2] **مل**[3] لا بأس بالخلوة والمجامعة في بيت فيه مصحف للبلوى.

٦٣. ٤. ٨ فصل في النتف والحلق والقطع جت[4]

يكره أن يكون لأخذ الشارب وتقليم الأظفار يوم مؤقت أخذه متى طال. وفي الحديث « **في كلّ أربعين** »[5] وأكره للرجل ما يشبه خف النساء. **خك**[6] ولا بأس بنتف الشيب وأخذ أطراف اللحية إذا طالت. وبالأخذ من حاجبه وشعر وجرمه ما لم يشبه وجه المخنثين. **شصد**[7] السنة في اللحية عند أصحابنا مقدار قبضة. وروي أصحابنا عن أبن عمر رضي الله عنهما أنّه كان يقبض اللحية ويقطع ما وراءه. **جس**[8] حلق العانة بدأ من تحت السرة والمرأة إذا قطعت شعر رأسها أثمت ولعنت. **فك**[9] لا يكره قطع الخبز واللحم بالسكين. **جش**[10] حلق الأجزاء المتفرّقة من الرأس منهي عنه وحلق الشارب بدعة. **طح**[11] حلقه سنة ونسبة إلى أبي حنيفة وصاحبيه. والقص منه حتّى يوازي الحرف الأعلى من الشفة العليا سُنة بالإجماع. **ص**[12] النتف في الإبط محلاً. **صش**[13] كلاهما حسن. **شج**[14] المستحب أن يقلم أظفاره ويحفي شاربه ويحلق عانته وينظف بدنه بالاغتسال في كلّ أسبوع مرّة. والأفضل يوم الجمعة. فإن لم يفعل ففي كلّ خمسة عشر. فإن لم يفعل فلا عذر في ترك ذلك فيما وراء الأربعين. ويستحقّ الوعيد.

---

[1] أبو داود السنن **"حمّام"** ٢؛ الترمذي السنن **"أدب"** ٢٢؛ ابن ماجه السنن **"نكاح"** ٢٨؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٣/٧.
[2] قخ : قاضي خان
[3] مل : الأمالي
[4] جت : جمع التفاريق للبقالي
[5] أحمد بن حنبل
[6] : خلاصة الأكمل
[7] شصد : شرح صدر القضاة
[8] جس : أجناس الناطفي
[9] فك : فتاوى ابو الفضل الكرماني
[10] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[11] طح : الطحاوي
[12] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[13] صش : الصدر الشهيد
[14] شج : شرح الجلالي

٦٣. ٤. ٩ فصل في الذهب والفضة والصفرة شج[1]

[٤٦٨/أ] صب الماء في كفه من إناء الذهب ليشربه أو نقل الطعام منه إلى موضع آخر فأكله لا بأس به. ويكره أكل الثمار في طبق الفضة أخذ الدهن من أينة الذهب والفضة فاستعمله لا بأس به. والمكروه أن يصب الدهن على رأسه منه. وكذا إذا أخذ الطعام ووضعه على خبز أو غيره ثمّ أكله. شح[2] وفي الناطفي لا بأس أن ينقش على الخاتم بسم الله ونعم الوكيل ونحوه. ولا ينبغي أن ينقش فيه تمثال إنسان أو طير. فك[3] حلقه الحديد والنحاس والعظم في المنطقة لا يكره. عك[4] مثله جس[5] عن النبي ﷺ أنّه قال « **من يختم بالعقيق لم يذل في بركة وسرور** »[6] شح[7] الفضة في المكاعب لا يجوز عند أبي حنيفة. ولا بأس بلبس الثوب الأحمر.

٦٣. ٤. ١٠ فصل فيما يرجع إلى النساء من الكراهة جن[8]

اختلف المتأخّرون في جواز استئجار العجوز لتعم رجله في الكبيرين وفيما إذا كان أحدهما شاباً. وكذا في مباحة المرأة الرجل. شك[9] لا تركب مسلمة على سرج للحديث. وهذا إذا ركبت للنهي. وإذا ركبت لحاجة الغزو أو الحج أو مقصد ديني أو دنيوي لا بدل لها منه فلا بأس به. شس[10] في قوله تعالى ﴿ **ولا تؤتوا السفهاء أموالكم** ﴾[11] المراد النساء. وهو أن يدفع المال إلى زوجته وفوض التصرّف إليها في جمل الفقه ليس للرجل أن يمنع امرأته عن زيارة الأبوين وزيارة المحارم في الشهر مرّة أو مرتين. ويجوز للزوج أن يأذن لها في مواضع مثل زيارة أبويها والتعزية بهما وعيادتهما. وكذا الأقرباء المحارم أو كانت قابلة فاستأذنت لدفع الولد أو لغسل الميّت ومجلس العلم والحمام لحاجة ما. لكنها تخرج مستورة لا متبرجة.

---

[1] شج : شرح الجلالي
[2] شح : شمس الأئمة الحلواني
[3] فك : فتاوى ابو الفضل الكرماني
[4] عك : علاء عين الأئمة الكرابيسي
[5] جس : أجناس الناطفي
[6] الطبراني "**المعجم الأوسط**" ١/٣٩.
[7] شح : شمس الأئمة الحلواني
[8] جن : جمع نجم الأئمة البخاري
[9] شك : شرح السير الكبير
[10] شس : شرح السرخسي
[11] النساء ٤/٥

وقيل لا تخرج إلى الأقاصيص. **ث**[1]ليس للأب من يقوم عليه سوى البنت ويمنعها[2] الزوج من تعهدها فلها أن تعصيه وتطيع أباها وإن كان كافراً.

٦٣. ٤. ١١ فصل في القرآن والذكر **ث**[3] **وب**[4]

رفع الأصوات بالذكر عند الفزع في السفينة والملاعبة بالسيوف ونحوه محدث. والإخفاء أفضل. كان عثمان رضي الله عنه يقبل الصحف ويمسحه على وجهه. **صش**[5] قراءة القرآن في الأسواق جهل مكروه. وكذا بعد الفراغ من الصلاة والناس في الدعاء المندوب. وكذا الدعاء في مسجد الجماعة. ولهذا كره البعض قراءة القرآن بالأجزاء الثلاثين لتضمنه ترك فضيلة الاستماع. والعامة جوزوه بدعة حسنة ضرورة إحراز فضل الختم في ساعة وقرأته للدنيا يكره. والأفضل أن لا يعطى القارئ شيئاً كتابة القرآن على الجدر والمحاريب غير مستحسن وعلى [٤٦٨/ب] ما يفرش. **قخ**[6] مد الرجلين إلى مصحف ليس بحذاءه أو معلق فوقه لا يكره. وقراءة الفاتحة بعد الصلاة جهر اللمهمات بدعة. قال أستاذنا رضي الله عنه لكنها مستحسنة للعادة. والأثار الأولى أن يستقبل القبلة عند ذكر الله أو الرسول. **جع**[7] ذكر الله من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس أولى من قراءة القرآن. **عك**[8] ويستحبّ قراءة القرآن عند طلوع الشمس وعند الغروب.[9] **صش**[10] تعليق المصحف تعظيم له. **خك**[11] تغني بالقرآن ولم يخرج بألحانه عن قدر هو صحيح في العربية مستحسن. **قخ**[12] قراءة الماشي والمحترف يجوز إذا لم يشغله ذلك لا بأس بقراءة الإمام عقيب الصلاة أية الكرسي وخواتيم البقرة والإخفاء أفضل.

---

[1] ث : أبو الليث

[2] ق : - ويمنعها

[3] ث : أبو الليث

[4] وب : واقعات برهاني

[5] صش : الصدر الشهيد

[6] قخ : قاضي خان

[7] جع : جمع العلوم للبقالي

[8] عك : علاء عين الأئمة الكرابيسي

[9] [illegible] فيها. الدر المختار ٦/٤٢٣.

[10] صش : الصدر الشهيد

[11] خك : خلاصة الأكمل

[12] قخ : قاضي خان

٦٣. ٤. ١٢ فصل في الرشوة وما في معناها شس[١]

الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة تدفع بشرط أن يعنيه. والهدية لا تكون معها شرط. شس[٢] الرشوة لا تملك بالقبض. حاوي[٣] دفع المال للسلطان الجائر لدفع الظلم عن نفسه وماله ولاستخراج حقّ له ليس برشوة. يعني في حقّ الدافع. جس[٤] فرق بين رشوة السلطان والقاضي ليقضي بالحقّ. لأنّه إذا رشي السلطان نال مقصوده. وهو دفع الظلم عن نفسه. وإذا رشي القاضي لم ينل. لأنّ قضاء المرتشي باطل. ط[٥] الرشوة نوع يهدي إليه للتودد. وهو حلال. ونوع يهدي إليه لخوف. وإنّه يحلّ للمهدي دون الأخذ. ولو أهدى إليه ليعينه عند السلطان في أمر مباح وشرط الإعانة لا يحلّ للأخذ. واختلف في المعطي. وإن لم يصرح بالشرط لكن الحال يدلّ عليه. قال عامتهم لا يكره. وقيل يكره. وفي بعض النسخ قبول القضاة والولاة الهدية من الرشوة خصوصاً إذا كان لا يهدي إليه قبل ذلك. شح[٦] إن ارتشى ولد القاضي أو كاتبه أو واحداً في ناحيته على أن يعنيه في نفاذ الحكم بالحقّ. فإن لم يعلم القاضي به فقضاؤه نافذ. والدافع آثم. ولو علم لا ينفذ كمن ارتشى بنفسه جسن لا بأس بالرشوة إذا خاف على دينه ورسول الله كان يعطي الشعراء ولمن يخاف لسانه. قلت وكفى بسهم المؤلفة من الصدقات دليلاً على أمثاله يوما يهبه السماك من السمك والحطاب من الحطب لمن يتولى البحر والمرج رشوة جمع أهل المحلّة للإمام فحسن. وعن أبي حنيفة لا بأس بالأكل عند الغريم. طح[٧] مثله عن أصحابنا فيه. وفي الهدية وإن لم يكن عادة. وعن مالك والثوري والليث يكره هدية الغريم إلا أن يكافيه أو بينهما مهاداة قبله. وعن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما الرشوة في [٤٦٩/أ] الحكم كفر. قال الله تعالى ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾[٨] ولو دفع الرشوة بغير طلب المرتشي فليس له أن يرجع قضاءً. ويجب على المرتشي ردها. وكذا العالم إذا أُهدي إليه ليشفع أو يدفع ظلماً فهي رشوة ومن السحت ما يأخذه الضمير من الختن بسبب بنته بطيب من نفسه حتّى لو كان يطلبه يرجع الختن به ومن السحت ما يأخذه الدعاة على الكلاء وعلى الماء والجبال والمروج والمعادن والملح وجميع المعادن ومن السحت ما يأخذه الغازي على الغزو والشاعر على الشعر أو المضحك للناس أو يسخره منهم أو يحدث الناس بمغازي رسول الله عليه السلام وأصحابه لا سيما بأحاديث العجم مثل

---

١ شس : شرح السرخسي
٢ شس : شرح السرخسي
٣ حاوي : لم أجد بهذا الرمز.
٤ جس : أجناس الناطفي
٥ ط : المحيط
٦ شح : شمس الأئمة الحلواني
٧ طح : الطحاوي
٨ المائدة ٥/٤٤

رستم واسفنديار ونحوها. قال الله تعالى ﴿ **ومن الناس من يشتري لهو الحديث** ﴾[1] الآية. ومنها ما تأخذه المغنية على الغناء والنائحة والكاهنة والواشمة والواشرة والمقامر والمتوسط لعقد النكاح والقواد والمصلح بين المتشاحنين وثمن الخمر والسكر وعسب التيس وعن جميع جلود الميتات والسباع قبل الدباغ حرام ومهر البغي وأجر الحمام بشرط وأصحاب جميع المعارف. **شح**[2] سعى له عند السلطان وأتمّ أمره لا بأس بقبول هديته بعده وقبله بطلبه سحت وبدونه مختلف. **ظم**[3] ومشايخنا على أنّه لا بأس به. **ث**[4] مطرب جميع ما لا يباح له إن كان بغير شرط. وإلاّ فلا. وفي أجر المتوسط للنكاح اختلاف. ويفتي بالعادة. وفي قبول الهدية من التلامذة اختلف المشايخ. **صغر**[5] هدية المستقرض يكره لأجل القرض ولغيره يجوز. وإن أشكل يتورع. **ث**[6] مات وكسبه من الباذق فتورع الورثة عنه أولى. ويردها على إرباها إن غرفوها. وإلا فالميراث حلال لهم في الحكم. **ط**[7] ولا يأخذ بهذه الرواية وهو حرام مطلق على الورثة. ولا تؤمر بالتصدّق. فإن تورع وتصدق كان أولى. وكذا الجواب فيما أخذوه رشوة أو ظلماً فيرد على أهلها ورثتهم.[8]

٦٣. ٤. ١٣ فصل في السلام والرد

عن أبي حنيفة يسلم على اللاعب بالشطرنج والعريان الماجن خلاف أبي يوسف. ولا يسلم على من يبول أو يتغوط. وقال محمد يكره السلام على الفاسق إذا كان معلناً. وإلاّ فلا. **ث**[9] ينبغي أن يرد جواب كتاب التحية. لأنّ الكتاب من الغائب كخطاب الحاضر. وعن ابن عبّاس رضي الله عنهما يجب ردّ جواب الكتاب كردّ السلام. ولو قال الآخر أقرأ فلان السلام يجب عليه ذلك. ويكره السلام على العاجز عن الجواب حقيقة كالمشغول بالأكل والاستفراغ أو شرعاً كالمشغول بالصلاة والخطبة وقراءة القرآن. ولو سلم لا يستحقّ الجواب. **شح**[10] ردّ السلام [٤٦٩/ب] وتشميت العاطس على الفور. **ث**[11] دخل جماعة على قوم وتركوا السلام أثموا. وإن سلم واحد جاز عنهم. **شح**[12] ولو كانت فيهم امرأة فردت عليهم اختلفوا في

---

[1] لقمان ٦/٣١

[2] شح : شمس الأئمة الحلواني

[3] ظم : ظهير الدين المرغيناني

[4] ث : أبو الليث

[5] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[6] ث : أبو الليث

[7] ط : المحيط

[8] ورق ٣٩٤ ساقط في نسخة ف.

[9] ث : أبو الليث

[10] شح : شمس الأئمة الحلواني

[11] ث : أبو الليث

[12] شح : شمس الأئمة الحلواني

الأجزاء ورد العجوز يجزئ عن الباقين. والشرط في الردّ أن يسمعه. ولو سلّم على النساء اختلفوا في وجوب الردّ إلا أن يكن عجائز. ويسلم على الواحد بلفظ الجماعة. وكذا الجواب أن يريد فيه ورحمه الله وبركاته. ويسلم الماشي على القاعد والصغير على الكبير والراكب على الماشي والذي يأبى حلفه. وإذا التقيا ابتدارا ويسلم الأقلّ على الأكثر. والإنحناء في السلام إلى قريب الركوع كالسجود. ولا يكره أن يقوم الأخر في المسجد تعظيماً له. وكذا لو قام القارئ تعظيماً له في خلال قرائته.

٦٣. ٤. ١٤ فصل فيما يكرم بالطعام

اختلفوا في جواز وضع القصعة على الخبز ووضع قطعة خبز تحت الخوان ليستوي ومسح الأصبع بالخبز وأكله بعده الوضوء بالدقيق والسويق والنخالة جائز بمترلة الأشنان عندهم. في البستان النثر على الأمراء لا يجوز وعلى العروس يجوز.[١]

٦٣. ٤. ١٥ فصل في الغناء ظم[٢]

لا بأس بالغناء الّذي يسمع نفسه لإزالة الوحشة. وكان بعض الصحابة يفعلونه. وعن أبن أبي ليلي يحلّ الغناء مطلقاً.

٦٣. ٤. ١٦ فصل في القول فج[٣]

كره قوم[٤] قوله اللهم أعتقني من النار. وجوزوه آخرون. وبه يفتى. شح[٥] كره قول الصائم المتطوع إذا سئل أصائم؟ حتّى أفطر. فإنّه نفاق أو حمق. ولا ينبغي أن يقول رجعنا من الصلاة بل يقول فرغنا. ولا يقول المتشكي لي في عود أريك يقول معي ضعاف. ولو قيل له يا خبيث جاز له أن يقول لا بل أنت. وكذا في شتمه لا يوجب الحدّ وتركه أفضل.

٦٣. ٤. ١٧ فصل في عيادة المريض

ومن العيادة المكروهة إذا علمت أنك تنقل على المريض. ولا تعده فقد قيل مجالسة الثقيل حمى الروح ولا تهول عليه المرض ولا تحرك رأسك ولا تقل ما علمت أنك على هذه الحالة الشديدة. بل هون

وبعده. فتاوى قاضيخان ٣/٢٤٧.

٢ ظم : ظهير الدين المرغيناني

٣ فج : الفتاوى ابو جعفر

٤ ف : بعضهم

٥ شح : شمس الأئمة الحلواني

عليه المرض وطيب قلبه. وقل له أراك في خير بتأويل واذكر لها ما نريد رجاؤه في رحمه الله تعالى مشوباً بشيء من التخويف. ولا يمكث عنده. ولا تضع يدك على رأسه. فربما تؤذيه إلا إذا طلبه. وقل[1] له إذا دخلت عليه كيف نجدك هكذا جاء عن السلف. ولا تقل له أوص سبل[2] على المسجد. كذا تصدق على المساكين لا تنس نفسك. فإنّه من عمل الجهال. فإن من له أولاد صغار وماله قليل لا ينبغي له أن يوصي. قال أستاذنا رضي الله عنه هذا في الوصيّة النافلة. أما إذا كان عليه صلاة وكفارات ندبه بالطريق الأحسن إليها إلا إذا كان عالماً ورعاً. [٤٧٠/أ] وقوله عليه السلام « **مروا مرضاكم فليوصوا** »[3] معناه أن يجمع العليل أولاده وعياله وأحباؤه فيحمد الله تعالى ويشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأن الجنة حقّ وأن النار حقّ والساعة أتية لا ريب فيها.[4] وشرائط الإيمان كما يكتب في كتاب الوصيّة. ثمّ يقول لهم ما تعبدون من بعدي فيوصيهم بالإيمان. ويقول لهم ﴿ **لا تموتنّ إلا وأنتم مسلمون** ﴾[5] كما أوصى إبراهيم عليه السلام ويعقوب عليه السلام بنية ثمّ يوصي بما يريد.

٦٣. ٤. ١٨ فصل في الفعل وغيره صش[6]

يكره التربع في المسجد والإتكاء تكبراً ولحاجة لا. شح[7] ذكر محمد مسألة عجيبة بأن من صلّى يرائ به الناس لا يعاقب بتلك الصلاة ولا يثاب بها. قيل هذا في الفرائض دون النوافل. فإن الشرك الخفي قلت ولكن نصّ في الواقعات أن الرياء لا يدخل في الفرائض فتعين النوافل. ورأيت مثله في الصدقة وتمسكوا بقوله تعالى ﴿ **وما أتيتم من ربوا ليربو من أموال الناس فلا يربوا عند الله** ﴾[8] وروي أنّه عليه السلام « **داوى جرحه بعظم بال** »[9] صح[10] واختلف في الاستسقاء بالقرآن نحو أن يقرأ على المريض أو الملدوغ الفاتحة أو يكتب في رق ويعلو عليه أو في طست ويغسل ويشفى. فأباحه عطاء ومجاهد وأبو قتادة. وكرهه إبراهيم والحسن. قال الحسن كانوا يكرهون التمائم كلّها من القرآن وغيره. وبه أبو حفص الكبير. وعن

---

١ ق : قال

٢ ق : - سبل

٣ مالك الموطا ١١٨/٣.

٤ ف، ق : - لا ريب فيها

٥ البقرة ١٣٢/٢

٦ صش : الصدر الشهيد

٧ شح : شمس الأئمة الحلواني

٨ الروم ٣٩/٣٠

٩ الشيباني السير الكبير ١٢٧/١ بلفظ "وروى أنه داواه بعظم بال وعصب عليه وكان يمسح على الجبائر أياما"

١٠ صح : صلاة محسن

النبي ﷺ « **أنّه كان يعوذ نفسه** »[1] قال ﷺ وعلى الجواز عمل الناس اليوم. وبه ورد الأثار. **جت**[2] التميمة المكروهة ما كان بغير العربية. وقال إنما هي الخرزة الّتي يعلقها أهل الجاهلية.[3] ولا بأس بأن يشيد الجُنب والحائض التعاويذ على العضد إذا كانت مكفوفة. **ط**[4]

الكذب مباح لإحياء حقه ودفع الظلم عن نفسه. **شح**[5] قال ﷺ « **كلّ كذب مكتوب لا محالة إلا ثلاثة الرجل يعد امرأته أو ولده والرجل يصلح بين اثنين والحرب فإن الحرب خدعة** »[6] **طح**[7] وغيره هو محمول على المعاريض.[8] لأنّ غير الكذب حرام. قلت وهو الحقّ قال الله تعالى ﴿ **قُتل الخراصون** ﴾[9] وقال ﷺ « **الكذب مع الفجور وهما في النار** »[10] ولم يتعيّن عين الكذب طريقاً للنحات وتحصيل المرام. **شح**[11] عزل الرجل على هبة عزل المرأة يكره.

٦٣. ٤. ١٩ فصل في الحمامات

إمساك الحمامات في برجها يكره إذا كان يضر بالناس. قال ابن مقاتل يجب على من اتّخذ برج حمام أن يحفظها ويعلقها. قلت والاحتياط في الجوار أن يتصدّق بها ثمّ يشتريها وينفقها أو توهب له. **شح**[12] لا بأس بحبس الطيور والدحج في بيته. ولكن يعلفها. وهو خير من إرسالها في السكك.

---

١ القاضي عياض مشارق الأنوار ١٠٥/٢.

٢ جت : جمع التفاريق للبقالي

٣ [illegible]

٤ [illegible]

٥ : شمس الأئمة الحلواني

٦ البخاري الصحيح **"جهاد"** ١٥٧؛ مسلم الصحيح **"جهاد"** ١٨؛ أبو داود السنن **"جهاد"** ٩٢؛ الترمذي السنن **"فضائل الجهاد"** ٥؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٣٠٨/٣.

٧ طح : الطحاوي

٨ ق : التعارض

٩ الذاريات ١٠/٥١

١٠ ابن ماجه السنن **"دعاء"** ٥؛ النسائي السنن الكبرى **"صلاة العيدين"** ١٥؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ١٩٨/١.

١١ شح : شمس الأئمة الحلواني

١٢ شح : شمس الأئمة الحلواني

٦٣. ٤. ٢٠ فصل في اللعب جص[1] ه[2]

ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والأربعة [٤٧٠/ب] عشر وكل لهو. لأنّه فأمر بها فالميسر حرام بالنص. وهو اسم لكلّ قمار. وإن لم يقامر فهو لهو وعبث. وقال ﷺ « **كلّ لهو المؤمن باطل إلا ثلاثاً تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله** »[3] وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تذكية الأفهام. وهو رواية عن أبي يوسف. ويحكى عن الشافعي. وهذا إذا لم يقامر. وإن قامر به فحرام بالإجماع. ولنا قوله ﷺ « **من لعب بالشطرنج والنرد شبر فكأنما غمس يده في دم الخنزير** »[4] ولأنّه لعب يصد عن ذكر الله تعالى والجمع والجماعات فكان حراماً لقوله ﷺ « **ما ألهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر** »[5] ثمّ إن قامر به سقطت عدالته. وإلا فلا.

٦٣. ٤. ٢١ فصل في مسائل منثورة

قال أبو يوسف جش[6] من حمل خمرا ليصيبها في خل للتحليل فقد أساء. وقال غيره حمل الخمر للإصلاح لا يكره كالنقل من الظل إلى الشمس أو على عكسه. جع[7] يكره للمرأة سؤر الرجل وسؤرها له. خك[8] للعبد أن يأخذ من مال سيده قدر كفايته ليس للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلاة ولا للأب أن يضرب ولده عليه. وفي رواية لهما ذلك. قلت وهو لأظهر ظم[9] له أن يضرب اليتيم بما يضرب به ولده. شح[10] قيل للجن من القوّة ما يأس الإنسان ويقهره. وهو موافق لمذهب أهل السنة. وقيل ليست لهم من القوّة ما يؤذي بها الإنسان. قال الله تعالى ﴿ **وما كان له عليهم من سلطان** ﴾[11] وقال حكاية عليه ﴿ **وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم** ﴾[12] الآية. ولو قدر وبينهم وبين الأنبياء والأولياء من العداوة الشديدة ما لا يخفى لا يبلوا منهم بأشد البلاء الدائمة. والمعلوم خلافه. وقيل يقدر على التخبيط

---

[1] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن
[2] ه : هداية
[3] الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٧٣/٤.
[4] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٥١/١٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٧٤/٤.
[5] الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٧٥/٤.
[6] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[7] جع : جمع العلوم للبقالي
[8] خك : خلاصة الأكمل
[9] ظم : ظهير الدين المرغيناني
[10] شح : شمس الأئمة الحلواني
[11] سبأ ٢١/٣٤
[12] إبراهيم ٢٢/١٤

والتحميق والتحليل. **م**[1] يتقدم في المسيء الشيخ على الشاب إلا إذا كان الشاب عالماً. ولا يفتح الكلام ولا الطعام قبله. **شس**[2] وفي الحديث دليل على أنّه لا بأس أن يتكلم مع النساء بما لا يحتاج إليه. وليس هذا من الخوض فيما لا يعنيه إنما ذلك في كلام فيه إثم. **بق**[3] لا يجب على الزوج تطليق الفاجرة ولا عليها تسريح الفاجر إلا إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن يتفرّقا. **جت**[4] عن أبي يوسف يجوز بيع اللعبة وأن يلعب بها الصبيان. ويكره أن يجتمع قوم فيعزلوا في موضع يعبدون الله تعالى فيه. ويفرغون أنفسهم لذلك. قلت وفيه بذل قوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين أمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعدوا إن الله لا يحب المعتدين** ﴾[5]

قلت ومسائل هذا [٤٧١/أ] الكتاب كثيرة غير محصورة لا يحتمل بيانها هذا الشرح الموجز. وأكثرها في البحر المحيط.[6]

---

[1] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[2] شس : شرح السرخسي
[3] بق : بقالي
[4] جت : جمع التفاريق للبقالي
[5] المائدة ٥/٨٧
[6] ق : + والله تعالى أعلم



٦٤ كتاب الوصايا



اعلم[1] أن[2] أهمّ الوظائف الدينية بعد المعارف اليقينية معرفة كيفية تلاقي التقصير وإصلاح الفساد وتدارك المظالم وتبعات العباد وإزدياد الأعمال عند انقراض الأمال. إذ لا ماء من الكلّ حيّ بحياة من الموت. وذهب الاستطاعة والفوت وصي الوصيّة الّتي أكّدها الله في المتزل من كتابه[3] بإيجاب فعلها وكتابه فقال ﴿ **كتب عليكم إذا حضر عليكم الموت إن ترك خيراً الوصيّة للوالدين** ﴾[4] الآية. نزلت قبل أية المواريث. ويبقى حكمها في غير الورثة منهم. وقال في أية المواريث ﴿ **من بعد وصيّة يوصى بها أو دين** ﴾[5] وقال عليه السلام « **إن الله تعالى تصدّق عليكم بثُلثِ أموالكم في أخر أعماركم زيادة في أعمالكم** »[1]

الموصى. اللباب

الموت. المبسوط ١٤٢/٢٧.

٣ ف : + من

٤ البقرة ١٨٠/٢

٥ المائدة ٨٧/٥

وقال ﷺ « **لا يحلّ لرجل يُؤمن بالله واليومِ الآخر له مالٌ يريد أن يوصي منه أن ينامَ ليلةً إلا ووصيتُهُ عند رأسه** »[1] وروي « **حقّ على المؤمن أن لا ينام إلا ووصيته تحت رأسه** »[2] وهي مقدّمة على قسمة الميراث بين الوارثين وخاتمة أعمال المكلفين. فلهذا ختم به الكتاب مقدّماً على الميراث.

والوصيّة أربعة أقسام. واجبة كالوصيّة برد الودائع والديون المجهولة. ومستحبة كالوصيّة[4] بالكفارات وفدية الصلاة والصيامات ونحوها. ومباحة كالوصيّة للأغنياء من الأجانب والأقرباء. ومكروهة كالوصيّة لأهل الفسوق والمعاصي. فبدأ المصنّف بالمستحبة. لأنّها هي الغالبة.

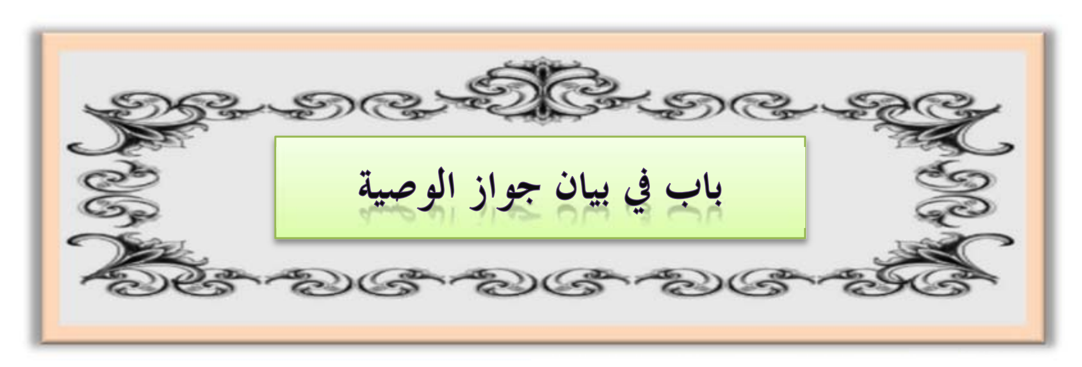
---

[1] ابن ماجه السنن "**وصايا**"٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٤٠/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٧٢/٤.

[2] البخاري الصحيح "**وصايا**" ١؛ أبو داود السنن "**وصايا**" ١؛ الترمذي السنن "**جنائز**" ٥؛ ابن ماجه السنن "**وصايا**" ٢؛ النسائي السنن الكبرى "**وصايا**" ١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٠/٢.

[3] أبو داود السنن "**وصايا**" ١؛ الترمذي السنن "**جنائز**" ٥؛ ابن ماجه السنن "**وصايا**" ٢؛ النسائي السنن الكبرى "**وصايا**" ١؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ١٠/٢.

[4] ق : – برد الودائع والديون المجهولة ومستحبة كالوصيّة



٦٤. ١ باب في بيان جواز الوصيّة

فقال: **الوصيّة غير واجبة وهي مستحبة.**

والقياس يأبى جوازها. لأنّها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك. ولو أضيف إلى حال قيام الملك بأن قال ملكتك هذا العبد غداً كان باطلاً. فهذا أولى إلا أنا استحسانه لحاجة الناس إليها. فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله. فإذا عرض له المرض وخاف البيان يحتاج إلى تلاقي ما فرط منه من التفريط بما له على وجه لو مضى فيه يتحقّق مقصوده المالي. ولو برأ لصرفه إلى مطلبه الحالي. وهو معنى الوصيّة في الشرع. وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين. وقد نطق بها الكتاب والسُنة على ما مرّ. **ذ**[١] **ك**[٢] الوصيّة مستحبة. وقال بعض الناس واجبة. **تح**[٣] قال بعضهم الوصيّة مشروعة بصفة الوجوب في حقّ [٤٧١/ب] الكلّ. وقال بعضهم واجبة في حقّ الوالدين والأقربين لقوله تعالى ﴿ **الوصيّة للوالدين والأقربين** ﴾[٤] والصحيح أنّها مشروعة بصفة الندب لما روينا من الحديث. وهو قوله ﷺ « **إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم** »[٥] ولأنّها إثبات حقّ في ماله بغير عقد. فلا تكون واجبة كالعارية والهبة.

٦٤. ١. ١ فصل الوصيّة لوارث

قال: **ولا تجوز الوصيّة لوارث إلا أن يجيزها الورثة.**

---

[١] ذ : الذخيرة البرهانية

[٢] ك : الكفاية للبيهقي

[٣] تح : تحفة الفقهاء للسمرقندي

[٤] البقرة ١٨٠/٢

[٥] ابن ماجه السنن "**وصايا**"٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٤٠/٦؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤٧٢/٤؛ الطحاوي "**شرح معاني الآثار**" ٣٨٠/٤؛ علي المتقي "**كنز العمال**" ٦١٦/١٦.

لقوله ﷺ « **إن الله تعالى أَعطى كلّ ذي حقّ حقَّه أَلا لا وصيّةَ لوارث إلا أن يُجيزَها الورثةُ** »[1] لأنّه جنف في الوصيّة. وقال عليه الجنف في الوصيّة من أكبر الكبائر.[2] هـ[3] ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصيّة. لأنّ حكمه إنما يثبت بعد الموت. والهبة لوارث كالوصيّة. وإقراره لوارثه على عكسه. لأنّه يصرف في الحال فيعتبر فيه وقت الإقرار.

---

[1] أبو داود السنن **"وصايا"** ٦؛ ابن ماجه السنن **"وصايا"** ٦؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢٦٧/٥؛ البيهقي **"السنن الكبرى"** ٢٦٤/٦؛ الدارقطني السنن

[2] وسلم الإضرار

الجنة. أحكام القرآن للجصاص ٤٢٥/١.

[3] ه : هداية



٢ .٦٤ باب الوصيّة بثلث المال

قال: **ولا يجوز[١] بما زاد على الثلث.**

لما مرّ من الحديث. وقوله ﷺ في حديث سعد رضي الله عنه « **والثلث كثير** »[٢] بعد ما بقي وصيته بالكل والنصف.

قال: **ولا للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً.**

لقوله ﷺ « **لا وصيّة لقاتل** »[٣] ولأنّه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم كالميراث. وقال الشافعي يجوز للقاتل. وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثمّ قتل الموصى يبطل الوصيّة عندنا. وعنده لا يبطل. والحجّة ما بيّناه في الفصلين. ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يجوز. لأنّ جنايته باقية. ولهما أن الامتناع لحق الورثة. فإذا أجازت بطل حقّهم. ولا معتبر بإجازة الورثة في الفصول كلّها في حال الحياة. لأنّها قبل ثبوت الحقّ. لأنّ الحقّ إنما يثبت لهم عند الموت فكان لهم أن يراد إجازتهم بعد وفاته. ولا رجوع لهم إذا أجازوا بعد الموت لا يعد سوت الحقّ. والساقط يتلاشى فلا يعود بالرّدّ. وكل ما جازنا جازه الورثة بتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا. وعند الشافعي من قبل الوارث. لأنّه حقه. والصحيح قولنا. لأنّ السبب صدر من الموصى. والإجازة رفع المانع وصار كالمرتهن إذا جاز بيع الراهن.[٤]

قال: **ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم.**

---

١ ق : + الوصية

٢ البخاري الصحيح "**وصايا**" ٢؛ مسلم الصحيح "**وصية**" ٥؛ أبو داود السنن "**وصايا**" ٢؛ الترمذي السنن "**وصايا**" ١؛ النسائي السنن الكبرى "**وصايا**" ٣.

٣ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٩/١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٢٠/٦.

٤ ق : الرهن

أما الأوّل فلقوله تعالى ﴿ **لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين** ﴾[1] الآية. وأما الثاني فلأنه يعقد الذمّة يساوى المسلمين في المعاملات. ولهذا جاز التبرّع من الجانبين حالة الحياة. فكذا بعد الممات [٤٧٢/أ] **جص**[2] الوصيّة لأهل الحرب باطلة لقوله تعالى ﴿ **إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين** ﴾[3] الآية.

قال: **وقبول الوصيّة بعد الموت فإن قبلها الموصي في حال الحياة أو ردها فذلك باطل.**

لأنه إنما يثبت حكمه بعد الموت. فلا تعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد.

قال: **ويستحبّ أن يوصي الإنسان بدون الثلث سواء كان الورثة أغنياء أو فقراء.**

لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث. لأنّه استيفاء لتمام حقه فلا صلة ولا منة. ثمّ الوصيّة بأقل من الثلث أولى أم تركها. قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريبة. وقال ﷺ « **أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشِح** »[4] ولأنّ فيه رعاية حقّ الفقراء فالقرابة جميعاً. وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصيّة أولى. لأنّها صدقة. وتلك هبة. والصدقة أولى من الهبة. ولأنّها فعل اختياري دون الإرث. وقيل في هذا الوجه تخير لاشتمال كلّ واحد منهما على فضله. قلت وهذا كلّه إذا لم يكن عليه حقوق يجب الأنصباء أو بقى بها ما دون ثلث ماله. أما إذا كانت عليه حقوق تعينه الوصيّة بها عنها إذا ما بقى الثلث بها أو لا بقى بها فالواجب واللازم عليه صرف كلّ الثلث إليه. وقد تبذل الزيادة عند الورثة البعد لأغنياء كذوي الأرحام رجاء الإجازة.

قال: **وإذا أوصى إلى رجل فقبل الوصيّة في وجه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد. وإن ردها في وجهه وهو رد.**

لأن الميّت مضى لسبيله معتمداً عليه في الوجه الأوّل. فلو صحّ رده في غير وجهه في حياته أو بعد موته صار معذوراً من جهة. فيرد ردة بخلاف الوكيل شرى عبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصبح رده في غير وجهه لعدم التضرّر هناك. لأنّه جيء قادر على التصرّف بنفسه بخلاف ما إذا رده في وجهه. لأنّه ليس للموصي ولاية لإلزام ولا غرور فيه. لأنّه يمكنه أن يثبب غيره منابه. فإن لم يقبل و لم يرد حتّى مات الموصي يخير إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل. فلو أنّه باع شيئاً من تركته فقد لزمته. لأنّ ذلك دلالة لا التزام وينفذ

---

[1] الممتحنة ٨/٦٠

[2] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

[3] الممتحنة ٩/٦٠

[4] الدارمي السنن ٤٨٧/١؛ الزيلعي **"نصب الراية"** ٤٠٥/٤.

البيع لصدوره على الوصي وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل. إذا لم يعلم بالتوكيل فباع لا ينفذ. لأنّ الوصاية خلافه كالإرث. لأنّه يختصّ بحال انقطاع. ولأنّه الميّت فتنتقل الولاية إليه بدون العلم كالوراثة. أما التوكيل فأنابه لثبوته في [٤٧٢/ب] حال قيام ولاية المنيب فلا يصحّ من غير علم كإثبات[١] الملك بالبيع والشرى. وقد بينا طرائق العدم وشرط الأحياء فيما تقدم. قلت قيد المصنّف الردّ في وجهه واتبعه المشرحون[٢] فيه حتّى اشتبه على أن العلم هل يكفيه أم لا؟ فوجدت المسألة منصوصة بحمد الله تعالى في التحفة السمرقندية فقال لا يصحّ الرجوع بدون محضر الموصي أو علمه لما فيه من الغرور به. فتبين بالنصّ والتعليل أن الردّ في الوجه ليس بشرط وعلمه كاف. وإن كان الّذي أوصى إليه غائباً فبلغه الخبر. قيل لا يصحّ رده إلا بحضرة الموصى. وإن لم يقبل صحّ رده.

قال: **والموصي به يملك بالقبول إلا في مسألة واحدة وهو أن يموت الموصي ثمّ يموت الموصى له قبل القبول. فيدخل الموصى به في ملك ورثته.**

وقال زفر والشافعي في أحد قوليه لا بشرط القبول. لأنّها أخت الميراث في كونها خلافه. ثمّ الإرث يثبت من غير قبوله فكذا الوصيّة. ولنا أن الوصيّة إثبات ملك جديد. ولهذا لا يؤدي[٣] الموصى له بالعيب. ولا يرد عليه بالعيب والتمليك ثمّ بالقبول. أما الوراثة خلافه حتّى يثبت فيها هذه الأحكام فاستعين عن القبول إلا في المسألة المذكورة استحساناً. والقياس أن تبطل الوصيّة لما بيّنّا. ووجه الاستحسان أن الوصيّة قد تمت من جانبي الموصى بموته فلا يلحقه الفسخ من جهته. إنما تتوقف لحق الموصي له. فإذا كان دخل في ملكه كخيار المشتري إذا مات قبل الإجازة.

قال: **ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي من الوصيّة ونصب غيرهم.**

ولفظ الإخراج يشير إلى صحّة الوصيّة. وذكر محمد في الأصل أن الوصيّة باطلة. قيل باطلة في العبد دونهما لعدم ولايته. وتأويل البطلان في غيره أنّه سيبطل. وقيل باطل في الكافر أيضاً لعدم ولايته على المسلم. وإنّما يصحّ أولاً ثمّ يخرج. لأنّ أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة على إجازة المولى فيمكنه من الحجر بعدها أو المعاداة الدينية للكافر بيعه على ترك النظر فإيهام الفاسق الخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية. ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر. وشرط في ص[٤] أن يكون الفاسق تخوفاً عليه في المال. لأنّه قد يفسق في الأفعال أو يكون أميناً في المال على ما حكاه شيخنا البقالي في تفسيره أن وزيرا صودر فأودع عابداً

---

[١] ق : لأنها من
[٢] ق : الشارحون
[٣] ف، ق : لا يردّ
[٤] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

ثلاثين ألفاً وفاسقاً عشرين ألفاً. فلما أمن طالب العابد فجحده وطالب الفاسق فردها إليه فقال شعر[1] [٤٧٣/أ] ثلاثين ألفاً حواها السجود وليس إلى ربها ترجع ورد أخوا الكأس ما عنده ولم يك في ردها مطمع. **شط**[2] حتّى لو أسلم الكافر وعتق العبد وتاب الفاسق بل الإخراج كان وصياً. وكذا لو أوصى إلى صبي فبلغ أو مرتد فأسلم كان وصياً على حاله. ولو أوصى إلى صبي لا يعقل أو مجنون مطبق ثمّ بلغ وأفاق جار أطلقه في الوكالة والرهن قبل هذا عندهما خلافاً لهما. ولو فوض ولاية الوقف إلى صبي صحّ استحساناً لا قياساً. ولو استقضى الصبي ثمّ أدرك لا يصحّ قضاؤه بخلاف العبد إذا أعتق.

قال: **ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصحّ الوصيّة.**

لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن القيام بها. ولا يفيد فائدته. وإن كانوا صغاراً كلهم جازت الوصيّة عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وهو القياس. وقيل قول محمد مضطرب. وجه القياس أن الرقّ ينافي الولاية. ولأنّ فيه إثبات ولاية للمملوك على المالك. وهذا قلت المشروع وله أنّه مخاطب مستند بالتصرّف فيكون أهلاً للوصاية. وليس لأحد عليه ولاية. فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وصار كالمكاتب. فإن قلت لو صحّت يلزم تجري الولاية. لأنّه يملك بيع رقبته إجماعاً. قلت ولاية الوصاية منجرية على ما روي عن أبي حنيفة أو يقول لو جاز بيع رقبته يؤدي إلى إبطال أصله. ويعبر الوصف بتصحيح الأصل أولى.

قال: **ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصيّة ضم إليه القاضي غيره.**

رعاية لحق الموصي والورثة. لأنّ تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لاجتماع الأمانة والكفاية. ولو شكا إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتّى يعرف ذلك حقيقة.[3] لأنّه قد يكون تحقيقاً على نفسه. ولو ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به غيره. ولو كان قادراً على التصرّف أميناً ليس للقاضي إخراجه. لأنّ مختار الميّت ومرضيه. ولهذا أقدم على أبي الميّت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره. وكذا إذا شكى الورثة أو بعضهم لا يعزله حتّى تبدو حياته. **ك**[4] نصب القاضي وصياً ولم يعلم بوصي الميّت ثمّ علم يخرج من نصيبه عن الوصيّة والوصي ما نصبه الميت.

---

[1] ف : - شعر

[2] شط : شرح الطحاوي

[3] ... الجانبين. الهداية ٤/٢٥٩.

[4] ك : الكفاية للبيهقي

قال: **ومن أوصى إلى اثنين لم يجز لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا في شراء كفن الميّت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوقم ورد وديعة بعينها وقضاء الدين وتنفيذ [٤٧٣/ب] وصيّة بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت. وقال أبو يوسف يجوز لكلّ واحد منهما ما صنع.**

لأن سبيل الوصاية الولاية وصي وصف شرعي لا يتجزئ فثبتت لكلّ واحد منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوة والأعمام.[1] ولأنّ اختيار الموصي إياهما يشعر حتماً بأمن كلّ واحد منهما بكمال الشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كلّ واحد منهما. ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فراعى وصف التفويض. وهو الاجتماع. إذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي إلا المثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين في الإنكاح. لأنّ السبب فيه القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملاً. ولأنّ الإنكاح حقّ مستحقّ لها على الولي حتّى لو طالبته بإنكاح من كفؤ يخطبها يجب عليه. والتصرّف ههنا حقّ الوصي. ولهذا يخير فيه. وفي الأوّل أوفي حقاً على صاحبه فصح. وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصحّ أصله الدين الّذي عليهما. ولهما بخلاف هذه الأشياء المعدودة. لأنّها من باب الضرورة لا من باب الولاية. وموضع الضرورة مستثناة أبداً ما شرى كفن الميّت وتجهيزه. لأنّ في التأخير فساد الميّت. ولهذا يملكه الجيران وطعام الصغار وكسوقم. لأنّه يخاف متوهم جوعاً وعرياناً ورد الوديعة بعينها ورد المغضوب والمشترا فاسد أو حفظ الأموال وقضاء الديون. لأنّها ليست من باب الولاية. فإنّه يملك المالك وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة. ولأنّه لا يحتاج فيه إلى الرأي. وكذا في تنفيذ وصيته بعينها. وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميّت. لأنّ الاجتماع فيها متعذر. ولهذا ينفرد أحد الوكيلين وقبول الهبة. لأنّ في التأخير خيفة الفوات وجميع الأموال الضائعة في التأخير خشية الفوات. وكذا بيع ما يخشى التوى والتلف. هـ[2] ولو أوصى لكلّ واحد على الانفراد قيل يتفرد كلّ واحد منها بالتصرّف عزله الوكيلين بهذه الصفة. لأنّه لما أفرد فقد رضى برأي الواحد. وقيل الخلاف في الفصلين واحد. لأنّ وجوب الوصيّة عند الموت بخلاف الوكيلين. لأنّ الوكالة يتعاقب. فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً أخر. أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التصرّف منفرد فيضم إليه القاضي وصياً أخر. وعند أبي يوسف تحقيقاً لفصل الموصي. وهو أن يخلفه متصرفان في حقوقه. ولو أن الميّت منهما كان أوصى إلى الحيّ فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية. لأنّ رأي الميّت باق حكماً. وعن أبي حنيفة لا ينفرد بالتصرّف.

---

[1] ... عليهما. البحر الرائق ٨/٥٢٥.

[2] ه : هداية

لأنّ الموصى لم يرض [٤٧٤/أ] ينصرفه وحده بخلاف ما إذا كان الميّت أوصى إلى غيره. وإذا مات الوصي وأوصى إلى أخر فهو وصيه في تركته. وتركة الميّت الأوّل عندنا. وقال الشافعي لا يكون وصياً[١] في تركة الميّت الأوّل كالتوكيل في حاله الحياة. ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منقلة إليه من الموصي. وكان للموصي ولاية التصرّف فيها جميعاً فكذا الوصيّة[٢] كالجدّ. ثمّ الجدّ يقوم مقام الأب فيما انتقل إليه. وكذا الوصي. **ك**[٣] يصحّ تعليق الوصيّة بالشرط بأن يقول إن مت من مرضي هذا فهو وصي. فإذا مات من مرض آخر لم يصر وصياً. ولو أوصى إليه في نوع دون نوع. **جص**[٤] أو نفي سائر الأنواع أو ينصب بعض ولده إلى آخر في نوع أخر ونصب ولد أخر فكلّ واحد وصي في الأنواع كلّها عندنا خلافاً لمحمد. وفي رواية أبي يوسف معه كالوكيل والقاضي. ولهما أن يتصرف بالولاية كالموصي على ما مرّ. وعلى هذا لا يختصّ بزمان دون زمان عند أبي حنيفة. فإن قال إن قدم فلان فهو وصي دون هذا يكون وصيه بعد القدوم وقبله وشاركت الآخر بعد قدومه خلافاً لمحمد. فإنّه إذا قدم لا يكون الأوّل وصياً بل الثاني. وللموصي أن يوصي خلاف ابن أبي ليلى. **جص**[٥] **ه**[٦] مقاسمة الوصي الموصا له عن الورثة جائزة. لأنّ خليفة الميّت كالوارث. ومقاسمة الوصي ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة. ولو باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء جاز بخلاف العبد المأذون. ولو احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً له بأن كان أملى منه جاز. ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه لا بما يتغابن الناس في مثله. لأنّه يمكنه الاحتراز عن العين الفاحش دون اليسير والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة. لأنّهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر والوصي يتصرف بالنيابة النظرية فيفيد بموضع النظر.[٧] وبيع الوصي على الكبير الغائب جاز في كلّ شيء إلا في العقار. ولا يتجر في المال. لأنّه فوض إليه الحفظ دون التجارة. وقالا وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب الوصي للأب في الكبير الغائب. وكذا وصي الأمّ

---

١ ق : – وصيا

٢ ق : – فكذا الوصيّة

٣ ك : الكفاية للبيهقي

٤ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٥ جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

.١

ووصي العمّ في تركتهم والوصي أحقّ بمال الصغير من الجد. وقال الشافعي الجدّ أحقّ به. فإن لم يوص الأب والجدّ بمترلة الأب. ك[1] ووصى الجدّ بمترلة وصي الأب للابن أبوان لا يتفرد أحدهما. وفي رواية يتفرد.

قال: **ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولأخر بثلث ماله فلم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان.**

لأن الثلث يضيق [٤٧٤/ب] عن حقّهما. ولا يزداد عليه لعدم الإجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما.

قال: **فإن أوصى لأحدهما بالثلث وللأخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً**

ليكون القسمة على قدر حقّهما كما في الديون.

قال: **وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولأخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة عند أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان. وكان أبو حنيفة لا يضر للموصي له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة.**

لهما أن الموصي قصد بوصيته هذه لشيئين[2] الاستحقاق والتفصيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة. ولا مانع من التفصيل فثبت كما في المسائل المستثناة. وله أن الوصيّة وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة حالاً ومآلاً[3] لا يفاد لها بحال فبطل أصلاً. والتفصيل إنما يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف المسائل المستثناة. لأنّ لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن يحصل في المال تسعة فتعتبر في حقّ التفاصيل لكونه مشروعاً في الجملة. وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته. ويريد قيمته على الثلث. فإنّه يضرب بالثلث. وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث. لأنّ الحقّ هناك تعلّق بعين التركة بدليل أنّه لو هلك واستفاد مالاً أخر يبطل الوصيّة وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة فنفذ فيما استعاد فلم يكن متعلّقاً بعين ما تعلّق به حقّ الورثة. ك[4] لا يضرب عنده بما زاد على الثلث إلا في خمس وصايا العتق الموقع في المرض والتدبير والمحاباة في المرض والوصيّة بالمحاباة والوصيّة المرسلة.

قلت ومن صور المحاباة ما إذا كان له عبدان قيمة أحدهما ستون ديناراً وقيمة الأخر ثلاثون باع الأوّل بعشرين والثاني بعشرة فالمحاباة في الأوّل أربعون وفي الثاني عشرون ومات من ذلك المرض ولم يجز الورثة فثلث المال وهو ثلاثون ديناراً بينهما أثلاثاً ثلثاه لمشتري الأوّل وهو عشرون فيأخذ العبد بأربعين إن شاء وثلثه لمشتري الثاني وهو عشرة فيأخذ العبد بعشرين إن شاء. ومن صورة السعاية ما إذا لم يكن له إلا

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

[2] ف : شيئين

[3] ف، ق : + لأنه

[4] ك : الكفاية للبيهقي

هذان العبدان أعتقهما في مرض موته ومات و لم يجز الورثة فالثلث وهو ثلاثون ديناراً بينهما أثلاثاً ثلثاه للأعلى وهو عشرون فيسعى في أربعين وثلثه للأدنى وهي عشرة فيسعى في عشرين. ومن صور [٤٧٥/أ] الدراهم المرسلة ما إذا أوصى لأحدهما بما أتى دينار ولأخر بمائة وماله لا يزيد على ثلث مائة و لم يجز الورثة فالمائة بينهما أثلاثاً على قدر حقيهما. ك[1] ولو أجازت الورثة فيما لو أوصى لأحدهما بجميع ماله ولأخر ثلث ماله فالمال بينهما عندهما أرباعاً. واختلف في قياس قول أبي حنيفة. فقالا قياس قوله أن يكون لصاحب الجميع ثلاثة بلا منازعة والثلث بينهما. وقال الحسن قياس قوله أن يكون له ثلاثة أرباعه والآخر الربع. لأنّ الثلث بينهما أو لاستوائهما فيه. ثمّ يأخذ صاحب الجميع النصف بلا منازعة. فيبقى سدس المال بينهما فيصل إليه الربع. وهو قول زفر. وصحّحه الكرخي. وعندهما لصاحب الثلث الربع. لكن أبا يوسف يبدأ بقسمة الثلث. لأنّه ثابت بكل حال. ويدفع الباقي إلى صاحب الجميع خلاف محمد. ويظهر فيما لو أوصى لرجل بالجميع ولأخر بالثلث ولآخر بالربع. فعلى قياس قول أبي يوسف لصاحب الجميع الثلثان. والباقي بين الثلاثة أثلاثاً. وعلى قياس محمد لصاحب الجميع الثلثان. والباقي بينهم على أحد عشر سهماً.

قال: **ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم يجبر الوصيّة إلا أن يبرئ الغرماء من الدين.**

لأن الدين أقوى منها. لأنّه واجب. والوصيّة غير واجبة. والواجب أقوى من غير الواجب. ولأنّ الوصيّة حقّ الله تعالى والدين حقّ العبد. وحق العبد يقدم. لأنّه أحوج والأهمّ. والله تعالى أغنى وأكرم.

قال: **ومن أوصى بنصيب ابنه فالوصيّة باطلة.**

وقال زفر يجوز كالوصيّة بالثلث. ولنا أن وصيّة بمال الغير. لأنّ نصيب الابن نصيبه بعد الموت.

قال: **فإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز.**

لأن مثل الشيء غيره.

قال: **فإذا كان له ابنان فللموصا له الثلث.**

لأنه جعل الموصي له كالابن الثالث حتّى صار نصيبه مثل نصيب الابن. وأصله أن من أوصى بمثل نصيب بعض الورثة يزاد ذلك الوارث على الموجودين فيدفع إليه ما نصيب ذلك الوارث حتّى لو أوصى بمثل نصيب البيت فله الخمس. ولو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب البنت فله الربع. ولو كان له زوج وثلاث أخوات متفرّقات وأوصت بمثل نصيب الأخت فله التُسع. وإن أوصى بمثل نصيب ابن لو كان وليس له ابن فله النصف. لأنّه يؤخذ الابن المقدّر ثمّ مثله.

---

[1] ك : الكفاية للبيهقي

قال: **ومن أعتق عبداً في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كلّه وصية. يعتبر من الثلث. ويضرب به مع[1] أصحاب الوصايا.**

وفي بعض النسخ فذلك كلّه جائز. [٤٧٥/ب] ويعتبر من الثلث. قلت وهذا اللفظ أصحّ. والأوّل ما قل باعتباره من الثلث. وذلك لأنّ الوصيّة إيجاب بعد الموت. وهذا منجر غير مضاف. وإنّما اعتبر من الثلث لتعلّق حقّ الورثة به. وكذلك كلّ ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصيّة. لأنّه متهم فيه كما في الهبة. وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث. وإن كان أوجبه في حال صحته اعتبار إيجاب الإضافة. وما عداه من التصرّف فالمعتبر فيه حال العقد. فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال. وإن كان مريضاً فمن الثلث. قلت قوله ويضرب به مع أصحاب الوصايا مشكل. فإن العتق والمحاباة يقدمان على سائر الوصايا إلا إذا أراد به الهبة. فإنّه يتضارب مع سائر الوصايا. ويجب جملة عليه تصحيحاً لكلامه. وإنّه أقرب المذكورات. هـ[2] وكل مرض صحّ منه كحال الصحة. لأنّ بالبرء تبين أنّه لا حقّ لأحد في ماله. ك[3] الوصايا إذا كانت الأدميين معينين. والكل يخرج من الثلث بضرب كلّ واحد يقدره للاستواء إلا إذا كان عتقاً موقعاً في المرض أو تدبيراً أو محاباة في بيع فيبدأ بذلك قبل كلّ وصيّة. ثمّ يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك.

قال: **فإن حابي ثمّ أعتق فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة. وإن أعتق ثمّ حابى فهما سواء. وقالا العتق أولى في المسألتين.**

لأن المحاباة يلحقها الفسخ بفسخ العقد بخلاف العتق فكان أقوى. وله أن المحاباة أقوى. لأنّها في ضمن عقد المعاوضة. ولا يلحقها الفسخ من جهة الموصى فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته. والإعتاق تبرع صيغة ومعنى. فإذا وجد المحاباة أولا دفع الأضعف. وإذا وجد العتق أولاً ونسب وهو لا يحتمل الدفع كان مرض قربه المزاحة أو يقول للعتق مزية التقدم وللمحاباة مزية المعاوضة فيستويان وعلى هذا. وقال أبو حنيفة إذا حابى ثمّ أعتق ثمّ حابى قسم الثلث بين المحابين نصفين لتساويهما في الجملة. ثمّ ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لتقدم العتق عليها فيستويا. ولو أعتق ثمّ حابى ثمّ أعتق قسم الثلث بين العتق الأوّل والمحاباة نصفين. ثمّ ما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني. وعندهما العتق أولى بكل حال ثمّ إذا قدم المحاباة والعتق فيما بقى من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا. ولا يقدم البعض على البعض. جص[4] أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة وهلك منها درهم لم يعتق عنه بما يفي. لأنّه غير الموصى

---

[1] ق : - مع
[2] ه : هداية
[3] ك : الكفاية للبيهقي
[4] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

به. وقالا يعتق كالوصيّة بالحج. وفي الجامع لفخر القضاة مريض [٤٧٦/أ] وهب وسلم ثمّ أوصى ثمّ مات فأيهما يتحاصان. شب[١] حابى ثمّ وهب وأوصى فهما سواء.

قال. **ومن أوصى بسهم من ماله فله أحسن سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس.** جص[٢]

فله أخس سهام الورثة. ولا يزاد على الثلث عند أبي حنيفة. وقالا له مثل نصيب أحد الورثة. ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة. لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصيّة. والأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيتوقّف على إجازة الورثة. وله أن السهم هو السدس. هو المروي عن ابن مسعود ﵁. وقد رفعه إلى النبي عليه السلام فيما يروي. وقال إياس[٣] والجاحظ[٤] السهم في اللغة عبارة عن السدس. ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطي المتيقن منهما. قالوا هذا في عرفهم. وفي عرفنا السهم كالجزء. قلت والفرق بين رواية الجامع الصغير وبين رواية هذا الكتاب أن على رواية هذا الكتاب إذا أنقص أخص سهام الورثة من السدس يعطي له تمام السدس. ولم يتعرض لما يكون أكثر من السدس. وظاهر لفظه يدلّ على أنّه يعطي له. وإن كان له أكثر من السدس لكن تعليل المشرحين له بأسرهم فنفى ذلك وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له أخس سهام الورثة. ولا يبلغ السدس. وإذا كان ذلك أكثر من السدس لا يعطى له الزيادة إلا بإجازة الورثة. وقد بين هذا في شق[٥] فقال عن أبي حنيفة فيه روايتان. في رواية له أخس سهام الورثة. ولا يزاد على الثلث. وفي رواية له ذلك إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس. قلت وفيها دقيقة لا بدّ من معرفتها وصى أنّه إذا أوصى بسهم من ماله وأخس سهام

---

[١] شب : شرح بكر خواهر زاده

[٢] جص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

الزركلي الأعلام

منها الحيوان

وفضائلالاتراك

المغنيوالاستبداد والمشاورة في الحرب. الزركلي الأعلام ٧٤/٥.

[٥] شق : شرح الأقطع شرح القدوري

الورثة الثُمن مثلاً أو الربع لا يعطى له عام الثُمن والربع. وإنّما يعطى له مثل الثمن فيزاد فيه تُسع أو مثل الربع فيعطى له الخُمس. كذا ذكره في شرط حتّى لو ترك الموصى ابناً وزوجه فللموصا له مثل نصيب الزوجة. فيزاد سهم على ثمانية فيكون وصيّة التسع. قال النسفي وهذا بالإجماع. وإن تركت الموصية ابناً وزوجاً فللموصا له مثل نصيب الزوج. ويزاد سهم على أربعة فيكون وصيته الخمس عندهما. وعنده السدس أقلّ منه فله السدس. ويقسم الباقي بين الزوج والابن أرباعاً.

قال: **ومن أوصى بجزء من ماله قيل للورثة "أعطوه ما شئتم."**

وكذا بنصيب أو طائفة أو بعض. لأنه يحرمون بتناول القليل والكثير فكان البيان إليهم لقيامهم مقام الموصى. **شط**[1] أوصى بعامة هذه الألف فله نصفها [٤٧٦/ب] وزيادة. والبيان في الزيادة إلى الورثة. ولو أوصى بالثلث إلا يسيراً أو قليلاً أو شيئاً فله نصف الثلث وزيادة. ولو قال لورثته لفلان عليّ دين فصدقوه لا يصدق فلان بلا حجة قياساً. وفي الاستحسان يصدق إلى الثلث لجواز أن يكون عليه دين لا يعرف مقداره. فإن أوصى مع ذلك بوصايا عزل الثلث للموصى لهم والثلثان للورثة. وقيل لكلا الفريقين صدقوه فيما شيئتم. فيؤخذ من كلّ واحد منهما ثلث ما أقرّ.[2] وإنّه لو كان فيه دين مسمى فهو أولى. ولو قال ما ادّعى فلان من مالي فهو صادق. فإن سبق منه دعوى في شيء معلوم له. وإلاّ فلا. **ه**[3] ولو قال سدس مالي لفلان ثمّ قال في ذلك المجلس أو مجلس آخر سدس مالي لفلان فله سدس واحد. لأنّ المعرفة متى أعيدت كانت الثانية عين الأولى.

قال: **ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والذكاة والكفارات.**

لأن الفريضة أهمّ من النافلة. والظاهر منه البداية بالأهم. فإن تساوت في القوّة بدأ بما قدمه الموصى إذا ضاق الثلث عنها. لأنّ الظاهر أنّه بدأ بالأهم. **طح**[4] يبدأ بالزكاة قبل الحج في رواية عن أبي يوسف للتجانس. وفي الأخرى مقدّم الحج. وهو قول محمد. لأنّه يقام بالنفس والمال ثمّ يقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما في الكفارات في القتل. والظهار واليمين مقدّمة على صدقة الفطر لثبوتها بالقرآن. وصدقة الفطر مقدّمة على الأضحية للإجماع على وجوبها. وعلى هذا تقدم بعض الواجبات على البعض. **ك**[5] وكفّارة القتل وصدقة الفطر تقدم كفّارة الفطر والأضحية والنذر. والنذر يقدم على الأضحية.

---

[1] شط : شرح الطحاوي
[2] ق : + به
[3] ه : هداية
[4] طح : الطحاوي
[5] ك : الكفاية للبيهقي

والأضحية مقدّمة على النوافل مع الوصايا بحقوق الله تعالى إلا وصيّة لأدمي ضرب بحقه مع حقوق الله. وجعل كلّ حرمة مقصودة بالضرب بأن قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد قسم على أربعة لزيد ربعه كمن أوصى للفقراء أو المساكين وأبناء السبيل ولزيد يضرب كلّ حرمة بسهم.

قال: **وما ليس بواجب قدم منها ما قدمه الموصي.**

لما مرّ.

قال: **ومن أوصى بحجّة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً.**

لأن الواجب الحج من بلده ضمن من وجوبه من المال ما يكفيه من بلده. والوصيّة لأداء ما هو الواجب عليه. وإنّما قال راكباً. لأنّه لا يلزمه الحج ماشياً فانصرفت الوصيّة إلى الوجه الّذي وجب عليه.

قال: **فإن لم تبلغ الوصيّة النفقة أحجوا عنه من حيث يبلغ.**

لأن [٤٧٧/أ] تنفيذها بقدر الممكن أولى من إبطالها. والقياس أن لا يجب لانتفاء أصله.

قال: **ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة**

وزفر. وقالا يحج عنه من حيث بلغ استحساناً. لأن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض بعد المسافة بعذره. فقد وقع أجره على الله تعالى. قال الله تعالى ﴿ **ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثمّ يدركه الموت فقد وقع أجره على الله** ﴾[1] فلا يتكرّر فرضية ذلك البعض بخلاف سفر التجارة. لأنّه لم يقع قربة فيحج من بلده. وله أن المأتي به وقع ناقصاً. وقد بطل لقوله عليه السلام « **كلّ عمل ابن آدم ينقطع بالموت إلا ثلاثاً ولد صالح يدعوا له بالخير وعالم علمه الناس ينتفعون به وصدقة جارية** »[2] ولأنّ الأمر بالحج منه مطلق فيتناول الكامل والمعتاد. وهو الحج من بلده. وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق.

قال: **ولا يجوز وصيّة الصبي والمكاتب وإن ترك وفاء.**

وقال الشافعي تصحّ وصيّة الصبي. لأنّ عمر رضي الله عنه أجاز وصيّة نافع رضي الله عنه. وهو الّذي زاهق الحلم. ولأنّ فيه نظراً له. لأنّه تقربه إلى الزلفى. ولنا أنّه تبرع والصبي والمكاتب ليسا من أهله. ولهذا لا ينفذ منهما

---

[1] النساء ٤/١٠٠

[2] مسلم الصحيح "**وصية**" ١٤؛ أبو داود السنن "**وصايا**" ١٤؛ الترمذي السنن "**أحكام**" ٣٦؛ النسائي السنن الكبرى "**وصايا**" ٨؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢/٣٧٢.

الصدقة حال الصحة. وقيل عندهما يصحّ وصيّة المكاتب. أصله قال المكاتب كلّ مملوك أملكه فيما استقبل فهو حرّ ثمّ عتق فملك. والخلاف فيها[1] معروف.

٦٤. ٢. ١ فصل الرجوع عن الوصيّة

قال: **ويجوز للموصي الرجوع عن الوصيّة.**

لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وبل أولى. لأنّه مضاف إلى الموت. وذلك وقت القبول. ويصحّ الرجوع في التمليكات قبل القبول.

قال: **فإذا صرح بالرجوع أو قال أو فعل ما يدلّ على الرجوع كان رجوعاً.**

أما الصريح فظاهر. وأما الدلالة فلأنها تعمل عمل الصريح كما في البيع بشرط الخيار ثمّ كلّ فعله لو فعله الإنسان في ملك الغير يقطع به حقّ المالك على ما بيّنّاه في كتاب الغصب. فإذا فعله الموصي كان رجوعاً. وكل فعل يوجب زيادة في الموصي به ولا يمكنه تسليم العين لأيهما فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلتّه بسمن والدار تبنى فيها الموصي والقطن يحشونه والبطانة تبطن بها والظهار تظهر بها. لأنّه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها. لأنّه حصل في ملك الموصي من جهة بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها. لأنّه تصرف في التابع. وكل تصرف أوجب زوال الملك الموصى فهو رجوع كما إذا باع العين [٤٧٧/ب] الموصى بها. ثمّ اشتراها أو وهبها ثمّ رجع فيها وذبح الشاة الموصا بها رجوعاً لأنّه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً. وغسل الثوب ليس برجوع. لأنّه يغسل عادة.

قال: **ومن جحد الوصيّة لم يكن رجوعاً.**

لأن الرجوع بقى في الحال والجحود بقى في الماضي. فأولى أن يكون رجوعاً. ولهما أن الجحود لما كان يقينا في الماضي والحال والرجوع إثبات في الماضي. وبقى في الحال فلا يكون رجوع حقيقة. ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة. ه[2] ولو قال كلّ وصيّة أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً بخلاف قوله تركت. لأنّه إسقاط. ولو قال عبد الّذي أوصيت لفلان فهو لفلان كان رجوعاً بخلاف ما إذا أوصى به لأخر فإنّه تشريك. ولو قال فهو لفلان وأربى يكون رجوعاً عن الأوّل لما بيّنّا ويكون وصيّة للوارث. وحكمها معروف. لو كان الفلان الآخر ميتاً فالوصيّة الأولى على حالها. ولو مات الفلان قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الأولى بالرجوع والثانية بالموت.

---

[1] ف : - فيها

[2] ه : هداية

٦٤ . ٢ . ٢ فصل الوصيّة لجيرانه

قال: **ومن أوصى لجيرانه فهم المتلاصقون عند أبي حنيفة.**

وقالا هم الملاصق وغيره ممن يسكن محله الموصي ويجمعهم مسجد المحلّة. وهو استحسان له أن الجار من المجاورة. وهي الملاصقة حقيقة. ولهذا يستحقّ الشفعة بهذا الجواز. ولأنّه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص. وهو الملاصق. وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً. وقد تأيد بقوله ﷺ « **لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد** »[1] وفسروه بكل من سمع النداء. ولأنّ المقصد بها من الجيران. واستحسانه ينتظم الملاصق وغيره الكثير لا بدّ من الاختلاط. وذلك عند اتّحاد المسجد. وما قاله الشافعي الجوار إلى أربعين دار بعيد. ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي. لأنّ اسم الجار يتناولهم. ويدخل فيه العبد الساكن لإطلاقه. ولا يدخل عندهما. لأنّها وصيّة لمولاه وهو غير ساكن.

٦٤ . ٢ . ٣ فصل الوصيّة لأصهاره ولاختانه

قال: **ومن أوصى لأصهاره فالوصيّة لكلّ ذي رحم محرم من امرأته.**

لما روي « **أنّه ﷺ لما تزوّج صفية أعتق كلّ من ملك من ذي رحم محرم** »[2] منها إكراماً لها وكان يستمون أصهار النبي ﷺ . وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة رضي الله عنهما. وكذا يدخل فيه كلّ ذي رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة كلّ ذي رحم محرم. لأنّ الكلّ أصهار. هـ[3] ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو عدته من طلاق رجعي فالصهر مستحقّ الوصيّة. وإن كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها. [٤٧٨/أ] لأنّ بقاء الصهرية ببقاء النكاح. وهو شرط وقت الموت.

قال: **ومن أوصى لاختانه فالختن زوج كلّ ذات رحم محرم منه.**

وكذا المحارم للأزواج. لأن الكلّ يسمّى ختناً. قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم. ويستوي فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد. لأنّ لفظة الكلّ يتناول الكلّ.

---

[1] الدارقطني السنن ٢٤٥/١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٥٧/٣؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٤١٢/٤.

[2] الزيلعي "**نصب الراية**" ٤١٤/٤؛ العسقلاني "**الدراية**" ٢٩٤/٢.

[3] ه : هداية

٦٤. ٢. ٤ فصل الوصيّة لأقربائه

قال: ومن أوصى لأقربائه فالوصيّة للأقرب فالأقرب من كلّ ذي رحم محرم منه لا يدخل فيهم الوالدان.[1] ويكون للاثنين فصاعداً. فإذا أوصى بذلك[2] عمان وخالان فالوصيّة لعمته عند أبي حنيفة. وإن كان له عم وخالان فللعمّ النصف وللخالين النصف. وقال أبو يوسف ومحمد الوصيّة لكلّ من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام.

وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام. وإن لم يسلم على ما اختلف المشايخ فيه ومن فوائد الاختلاف لم يظهر في أولاد أبي طالب. فإنّه أدرك الإسلام ولم يسلم. وقال الشافعي يصرف إلى جميع أقربائه من قبيل أبيه وأمه الأدنيين القريب منهم والبعيد سواء. لأنّ لفظ الأقرباء يتناول الكلّ. ولهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت[3] فينتظم تحقيقه مواضع الخلاف. والصحيح ما قاله أبو حنيفة. لأنّ الوصيّة أخت الميراث. وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب. والمراد بالجمع المذكور في أي الميراث اثنان. فكذا في الوصيّة فالمقصد من هذه الوصيّة تلاقي ما فرط في إقامة واجب الصلة. وهو يختصّ بذي الرحم المحرم منه. ولا يدخل فيه قرابة الولاد. فإنهم لا يسمون أقرباء. ومن سمي والده قريباً كان منه عقوقاً. لأنّ القريب في اللغة من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره. وتقرب الولد بنفسه لا بغيره. ولهذا عطف الله تعالى على الوالدين الأقربين. فقال ﴿ **الوصيّة للوالدين والأقربين** ﴾[4] وما ذهبوا إليه بعيد جداً لا يمكن حصره. فإن العلوي والبكري إذا وصى لأقربائه وهم فرق متفرّقة على وجه الأرض لا يحصون فمن يقدر على إيفاء حقّهم. ثمّ إذا تناول الاثنين عنده. فإذا أوصى به وله عمان وخالان فالوصيّة لعمه كما في الإرث. وعندهما بينهم أرباعاً. ولو ترك عماً وخالين فللعم النصف وللخالين النصف. لأنّه لا بدّ من اعتبار الجمع. وهو الاثنان والعمّ نصف الجمع المشروط فله نصف الوصيّة والنصف للخالين. لأنهما استويا فيه بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كلّ الوصيّة. لأنّه لفظ فرد. ولو كان [٤٧٨/ب] له عم واحد فله نصف الثلث لما مرّ. ولو ترك عماً وعمة وخالاً وخالة فالوصيّة للعم والعمّة بالسوية لاستواء قرابتهما. وإن لم يكن وارثه فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً. وكذا إذا أوصى لذوي قرابة أو لأقربائه أو لأنسابه في جميع ما ذكرنا. لأنّ كلّ لفظ جمع. ولو انعدم المحرم بطلت الوصيّة. ولو أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عنده للعرف والحقيقة. وقوله تعالى ﴿ **وسارَ بأهله** ﴾[5] وقالا يتناول كلّ من يعولهم.

---

[1] ق : + والولد

[2] ق : + فله

[3] ق : + به

[4] البقرة ١٨٠/٢

[5] القصص ٢٩/٢٨

ويضمهم نفقته بالعرف. وقوله تعالى ﴿ **وأتوني بأهلكم أجمعين** ﴾[1] ولو أوصى لآل[2] فلان فهو لأهل بيته. لأنّ الآل القبيلة الّتي ينسب إليها. ولو أوصى[3] لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده. ولو أوصى لأهل نسبه أو لحسبه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه والنسب يكون من جهة الآباء وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الأب والأمّ. ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصيّة فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم لإمكان تحقيق التمليك في حقّهم. وإن كانوا لا يحصون فالوصيّة للفقراء منهم. لأنّ هذه الأسامي يشعر بالحاجة فحمل على الفقراء بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو ليتامي بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصيّة لانتفاء جهة التمليك والقربة. هـ[4] وفي الوصيّة للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبار المعنى الجمع. وأقله اثنان في الوصايا. قلت وهذا يخالف ما ذكره في الزكاة والوصايا أنّه إذا أوصى لأمهات أولاده وهن ثلاثة وللفقراء والمساكين يقسم على خمسة لأمهات الأولاد ثلاثة وللفقراء وللمساكين بينهم فصرف الفقراء والمساكين إلى الأدنى وهو الواحد. وقال محمد على سبعة. وفيه أيضاً. ولو أوصى للمساكين له صرف إلى مسكين واحد عندهما. وعند محمد إلى مسكينين. فيحتمل أن يكون ما ذكره قول محمد فحسب.

قال: **ومن أوصى ثلث دراهمه أو ثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي.**

وقال زفر له ثلث ما بقى. لأنّ الكلّ مشترك بينهم فيكون التساوي على الشركة. والباقي كذلك اعتباراً بالأجناس المختلفة. ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حقّ أحدهم في الواحد. ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة. وفيه جمع. والوصيّة مقدّمة فجمعناها في الواحد الباقي [٤٧٩/أ] وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الأجناس المختلفة. لأنّه لا يمكن الجمع فيه جبراً فكذا تقديماً.

قال: **ولو أوصى بثلث ثيابه وهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما يبقى من ماله لم يستحقّ إلا ثلث ما يبقى من الثياب.** هـ[5]

---

[1] يوسف ٩٣/١٢
[2] ق : لأهل
[3] ق : – لأنّ الآل القبيلة الّتي ينسب إليها. ولو أوصى
[4] ه : هداية
[5] ه : هداية

قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة. ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم. وكذا المكيل والموزون. لأنّه يجزئ فيها الجمع في الواحد جبراً بالقسمة. ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي. قيل هذا قول أبي حنيفة وحده. وقيل قول الكلّ.

قال: **ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفعت إلى الموصا له. وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين وكلما أخرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتّى يستوفى الألف.**

لأن الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين يحسن في حقّ الورثة. لأنّ العين جيئ من الدين. ولأنّ الدين إنما يصير مالاً عند الاستيفاء. فإنما يعتدل النظر بما ذكر.

قال: **ويجوز الوصيّة للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستّة أشهر من يوم الوصيّة.**

أما الأوّل فلان الوصيّة استحلاف من وجه. لأنّه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح حليفة في الإرث. فكذا في الوصيّة. لأنّها أخته إلا أنّها ترتد بالرّدّ لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة حيث لا يجوز للحمل. لأنّها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً. وأما الثاني فلأنه يعرض الوجود. لأنّ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصيّة. وباب الوصيّة أوسع لحاجة الميّت وعجزه. ولهذا يصحّ في غير الموجود كالثمر فلان يصحّ في الموجود أولى.

قال: **ومن أوصى[1] بجارية إلا حملها صحّت الوصيّة والاستثناء.**

لأن إسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً. ولكنه يستحقّ تبعاً. فإذا أفرد الأمّ بالوصيّة صحّ إفرادها. ولأنّه يصحّ إفراد الحمل بالوصيّة فجاز استثناؤه. ه[2] هذا هو الأصل أن ما يصحّ إقراره بالعقد يصحّ استثناؤه منه. وما لا فلا على ما مرّ في البيوع.

قال: **ومن أوصى لرجل بجارية فولدت ولداً بعد موت الموصي قبل أن يقبل الموصا له ثمّ قبل وهما يخرجان من الثلث فهما للموصي له.**

لأن الولد تبع للأم وقت اتّصاله بها. فإذا ولد به قبل القسمة والتركة ميقات كلّها على الملك الميّت حتّى يقضى بها ديونه دخل في الوصيّة فيكونان للموصا له.

قال: **وإن لم يخرجا من الثلث ضرب [٤٧٩/ب] بالثلث واحد ما يخصه منهما جميعا[1] في قول أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأمّ فإن فضل شيء أخذه من الولد.** جص[2]

---

[1] ق : + لرجل
[2] ه : هداية

صورته رجل له سما بدرهم وجارية تساوي ثلاثمائة وأوصى بها ثمّ مات فولدت ولد يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصا له للأم وثلث الولد عند أبي حنيفة تمام الثلث. وعندهما له ثلثا كلّ واحد منهما لهما أن الولد كما دخل في الوصيّة تبعاً بالاتّصال. فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق. فينعقد فيهما على السواء. وله أن الأمّ أصل والولد تابع[3] فيها. والتبع لا تراحم الأصل. فلو نفذنا الوصيّة فيهما سواء ينقص الوصيّة في بعض الأصل للتبع وذلك ممتنع بخلاف البيع لأنّ تنفيذه في البيع لا يوجب بطلانه في بعض الأصل بل يبقى تاماً صحيحاً فيهما. لكنّه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتّصل به القبض. ولكن الثمن تابع في البيع حتّى ينعقد البيع بدون ذكره. وإن كان فاسداً هذا إذا ولدت قبل القسمة. فإن ولدت بعدها فهو للموصا له. لأنّه نماء خالص ملكه.

قال: **وتجوز الوصيّة بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك أبداً.**

لأنه يصحّ تمليك المنافع في حال الحياة ببدل وغير بدل. وكذا بعد الممات لحاجته كما في الإعتاق. ويكون محبوساً على حكم ملك؛ الموصى لمنفعة الموصا له حتّى لا يتملكها الموصى له كما في الوقف. ويجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في العارية. فإنها تملك على أصلنا بخلاف الميراث. لأنّه خلافه فيما يتملكه المورث. وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى. وكذا الوصيّة بغلة العبد والدار. لأنّها بدل المنفعة فأخذ حكمها.

قال: **فإن خرجت رقبة العبد من الثلث سلم إليه للخدمة.**

لأن حقّ الموصا له في الثلث لا يزاحمه الورثة.

قال: **وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصا له يوماً.**

لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصيّة بالعين. و لا يمكن قسمة العبد بالإجراء فيصير إلى المهايأة إيفاء للحقين بخلاف الوصيّة بسكنى الدار. إذا لم يخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار ثلاثاً للمنفعة. لأنّه يمكن قسمتها بالأجزاء. وهي أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً. وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً. ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضاً. لأنّ الحقّ لهم إلا أن الأوّل أعدل. وليس للورثة أن يتبعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار. [٤٨٠/أ] وعن أبي يوسف لهم ذلك. لأنّه خالص لملكهم. وجه الظاهر أن حقّ الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال أخر يخرج الدار من الثلث. وكذا له حقّ المزاحمة فيها أيديهم إذا خرب ما يده. والبيع يتضمّن إبطال ذلك فمنعوا عنه.

---

١ ق : - جميعا

٢ حص : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن

٣ ق : - تابع

٤ ف : + روحي

قال: **وإن مات الموصى له عاد إلى الورثة.**

لاستيفاء الموصى به والرقبة حقّهم فيعود إليهم.

قال: **وإن مات الموصى له في حياة الموصى بطلت الوصيّة.**

لأن إيجابها يعلق بالموت على ما مرّ. فيبطل بموت القابل قبل قبوله. ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخلصه بنفسه أو سكنها بنفسه. قيل يجوز. لأنّ قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود. والأصحّ أنّه لا يجوز لتغايرهما. وليس للموصا له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار خلاف الشافعي بناء على أن المنافع للأعيان عنده خلافاً لأصحابنا. وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون هو وأهله في ذلك المكان. ولو أوصى له بغلة عبده أو داره ولا مال له غيره فله ثلث الغلّة. ولو طلب القسمة ليشغل هو ثلثها ليس له ذلك خلاف أبي يوسف في رواية. ولو أوصى لأحدهما بخدمة عبده ولأخر برقبته جاز كالإقرار. ولو أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لأخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولأخر بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى فلا شيء لصاحب الطرف في المظروف في هذه المسائل كلّها. ولو فصل أحد الإيجابين عن الآخر فكذلك. الجواب عند أبي يوسف وعند محمد الأمة للموصا له بها والولد بينهما نصفان. وكذا في أخواتها. ولو أوصى بثمرة بستانه ثمّ مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها دون المستقبل. وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرتها فيما يستقبل. ولو أوصى بغلة بستانه فله هذه الغلّة وعليه فيما يستقبل. لأنّ الثمرة اسم للموجود عرفاً. فلا يتناول المعدوم إلا بالنصّ بخلاف الغلّة. ولو أوصى له بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو ثلثها ثمّ مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم موت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل. لأنّه إيجاب عند الموت. فيعتبر قيامها يومئذ بخلاف ما تقدم. لأنّ التمرة والغلة المعدومة تستحقّ بعقد الإجارة والمعاملة. فكذا بالوصيّة بخلاف هذه [٤٨٠/ب] الأشياء. لأنّها لا تستحقّ بعقد ما وهي معدومة.

قال: **وإذا أوصى لولد فلان فالوصيّة بينهم الذكر والأنثى فيها سواء.**

لأن اسم الولد ينتظم الكلّ انتظاماً واحداً.

قال: **ومن أوصى لورثة فلان فالوصيّة بينهم ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾**[1]

لأن التنصيص على لفظ الوراثة يؤذن بأن قصده التفصيل كما في الميراث.

قال: **ولو أوصى لبني فلان يدخل فيه الإناث.**

---

[1] النساء ١١/٤

في قول أبي حنيفة أولاً. وهو قولهما ثمّ رجع. وقال يتناول الذكر خاصّة عملاً بالحقيقة بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث. لأنّ المراد به مجرّد الانتساب كبني آدم. ولهذا يدخل فيه موالي العتاقة والموالاة وحلفاؤهم من أوصى لمواليه وله موالي أعتقهم وموال أعتقوه فالوصيّة باطلة للجهالة الفاحشة.

قال: **ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميّت فالثلث كلّه لزيد.**

لأن الميّت ليس بأهل للوصية. فلا يزاحم الحيّ الأهل كما إذا أوصى لزيد وجدار. وعن أبي يوسف إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث. لأنّ الوصيّة لعمرو صحيحة في اعتقاده فلم يرض للحي إلا نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته.

قال: **وإذا قال ثلث مالي بين زيد وعمر وزيد ميّت كان لعمرو نصف الثلث.**

لأنّ قضية لفظ البين التنصيف بخلاف ما تقدم. ألا ترى أنّه لو قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كلّ الثلث. ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحقّ الثلث.

قال: **ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له ثمّ اكتسب مالاً استحقّ الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت.**

لأن الوصيّة عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت. ويثبت حكمه بعده. فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله. ه[1] وكذا إذا كان له مال وهلك ثمّ اكتسب مالاً لما بيّنا. ولو أوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصيّة باطلة. لأنّها تعلّقت بالعين فيبطل بفواتها عند الموت. وإن لم يكن له غنم فاستعاد غنماً ثمّ مات فالصحيح أن الوصيّة تصحّ كما لو كان بلفظ المال. ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لإضافته إلى ماله. ولو يضيفها إلى ماله فقد اختلف المشايخ. ولو قال له شاة من غنم ولا غنم له فالوصيّة باطلة. لأنّ إضافتها إلى الغنم يشعر بأن المراد بها عين الشاة. وعلى هذا يخرج كثير من المسائل.[2]

---

[1] ه : هداية

[2] ف، ق : + والله أعلم



٦٤. ٣ تتمة كتاب الوصايا

وإنها تشتمل على عشرة [٤٨١/أ] فصول.

الأوّل فيما يكون أيضاً وما لا يكون عن أبي يوسف لو قال إن متّ من سفري هذا فلفلان عليّ ألف درهم دين. فهذه وصيته من ثلثه. م[١] عن محمد قال أنت وصي وهو صحيح وهو وصيه بعد موته. جت[٢] اقض ديني أو اشترى كفني أو أنفذ وصاياى فهو وصي عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد لا[٣] حتّى تجتمع هذه الثلاثة. وإلا فهو وصي فيما سمّى. فأما بع داري أو أنفق على ولدي وانظر إليه وقم بأمره فليس بوصي. لأنّه لا حقّ للميت فيه. وكذا أعط فلاناً هذه الألف بحج عين. وفي الملحقات استأجروا فلاناً ينفذ وصايا يصير وصياً. خك[٤] أبو نصر استأجرتك لينفذ[٥] وصاياي بمائة درهم فالمائة صلة له. ولو دفع إليه ألفاً وقال ادفع هذه الألف إلى فلان إذا متّ فليس له أن يدفعه. ولو قال صددرم ازمن بخشش كنيد فالوصيّة باطلة. ولو قال المريض جامعة من نفر وسلب فيها أن يدد وبسان بدهت ينصرف في عرفنا إلى جميع ثياب بدنه إلا الخف مريض قال لقومه اجتمعوا عنده افعلوا كذا بعد موتي فالكل أوصياء. فإن مات قبل منهم ابنان أو أكثر فهم أوصياء. وإن قيل واحد لم يتصرف حتّى يضم إليه القاضي غيره أو يخير له التصرّف. شس[٦] وصي القاضي حضرت الموت فأوصى إلى غيره فوصيته يقوم مقام وصي الأب. خك[٧] مات الواقف وأوصى إلى رجل ولم يذكر الوقف يصير وصياً في أوقافه وأمواله وأولاده. ولو خصّ له الوصيّة في ماله فهو وصي في كلّه عند أبي حنيفة. وقد مرّ. وعنه ليس للوصي في الوقف أن يوصي إلى غيره. شس[٨] يجوز. سبج[١] والوصيّة إلى الصغير جائزة. ولكن لا يلزمه العهدة كالوكالة. شس[٢] قالت

---

١ م : المنتقى للحاكم الشهيد
٢ جت : جمع التفاريق للبقالي
٣ ف : - لا
٤ خك : خلاصة الأكمل
٥ ف : - أبو نصر استأجرتك لينفذ
٦ شس : شرح السرخسي
٧ خك : خلاصة الأكمل
٨ شس : شرح السرخسي

لزوجها المريض إلى من تسلم أولادك فقال إليك وأسلمك إلى الله تعالى صارت وصيّة. **سبج**[٣] للقاضي نصيب الوصي في ثلاثة مواضع. إذا كان على الميت دين أو الورثة صغاراً أو وصايا فينصب وصياً لينفذ وصاياه. ولا ينصب فيما سوى ذلك. **ن**[٤] كتب وصيّة وقال له انفذ ما في هذا الكتاب ينفذ الوصيّة. وهذا قول نصير ومحمد مقاتل. وينبغي على قول علمائنا المتقدّمين أن لا يصحّ ما لم يعلم الوصيّة كما في مسألة الشهادة. **سبج**[٥] في أدب القاضي إذا جعل إنساناً قيماً في ماله ثمّ مات انقلب وصياً.

٦٤. ٣. ١ فصل فيما يجوز للوصي أن يفعل وما لا يجوز **سبج**[٦]

[٤٨١/ب] إذا كان الورثة كباراً حضوراً ولا دين عليه ولا ولاية للموصي في مال الميّت وله تنفيذ الوصايا ورد الودائع وشرى الكفن والخصومات وقبض الديون. وإن كانوا غنياً فللوصي ولاية الحفظ دون التصرّف وبيع المنقول من الحفظ. ويجوز قسمة الوصي على الوارث الغائب عن المصر في العروض. ولا يجوز على الموصا له إلا بأمر القاضي. وكذلك يجوز في العقار بأمره. ولا يبيع على الكبار الغيّب والموصا له إلا العروض. وعن أبي يوسف في الحضور كذلك. **م**[٧] فسّر محمد الغيبة بثلاثة أيّام. ولو كان منهم صغيراً باع العقار وغيره خلافاً لهما. وعليه الفتوى. وكذا في الدين والوصيّة لغائب. وأطلق أبو يوسف أنّه لا يبيع العقار إلا أن تكون الوصيّة بغير معين. **م**[٨] ولو قال تصدّقوا عني بألف أو بهذا الثواب أو بهذا العبد أو بهذه الدار فليس للوصي أن يمسكه ويتصدّق بقيمته أو بدنانير مكان الدراهم. وكذلك في الوصيّة بالثلث يبيع العقار استحساناً. ولو قال بهذه الألف فتصدق بأخرى مكانها جاز. ولو لم يقضيها له حتّى[٩] ضاعت ضمن. وكذلك لو قال اشتروا كذا ثوباً بكذا فتصدقوا بها فاشتراها الوصي فله أن يبيعها ويتصدّق بثمنها كأنه أوصى بصدقة هذا الثوب. **م**[١٠] قال تصدقوا عني بثلث مالي وله أرض ودور فللوصي أن يبيع الدور ويتصدّق بثمنها. **بط**[١١] الوصي شيئاً من الدين أو أبرأه لم يجز. ولو مات المديون مفلساً ضمن.

---

١ سبج : اسبيجابي
٢ شس : شرح السرخسي
٣ سبج : اسبيجابي
٤ ن : النوازل
٥ سبج : اسبيجابي
٦ سبج : اسبيجابي
٧ م : المنتقى للحاكم الشهيد
٨ م : المنتقى للحاكم الشهيد
٩ ف : - حتى
١٠ م : المنتقى للحاكم الشهيد
١١ بط : بحر محيط

ث[1] أوصى بدراهم فأعطاه حنطة فالمختار أنّه يجوز كما في حقوق الله تعالى. ولو أراد الوصي تنفيذ الوصيّة من ماله ويرجع بذلك في التركة. قيل إن كان وارثاً فله ذلك. وإلاّ فلا. وقيل إن كانت الوصيّة للعباد فله ذلك. وإن كان لله تعالى فلا. والمختار أن ذلك كيف ما كان لو قال تصدقوا عني بألف درهم. وقال أعطوا لكلّ فقير درهماً فللموصى له أن يريد الفقراء على ألف درهم في قول علمائنا إلا إذا قال لا تعطوا أكثر من ألف. قال أستاذنا وهذا إذا قال لأقوام معينين أو لجماعة يحصون قد زادوا على ألف. ولو أوصى لفقراء بلخ فالأفضل أن لا يجاوز بلخ. **جت**[2] أوصى بثلث ماله للكعبة جاز. ويصرف إلى فقراء. ولا يجوز لغيرهم. وكذا للمسجد ولبيت المقدس. وفي الوصيّة لفقراء الكوفة يجوز لغيرهم عند أبي يوسف خلاف محمد. **ص**[3] لله عليّ أن التصدق بدرهم في مكان كذا أو على مساكين كذا صحّ [٤٨٢/أ] وبلغوا التقييد. ولو أمر وصيه أن يتصدّق على فلان الفقير فيتصدّق كان مخالفاً على غيره. **عك**[4] أنجز الوصي ضيافة في ختان الصبي من ماله فالكل الأقرباء والجيران والحجّام جاز. ولا يتضمّن إذا لم يسرف. وقال أبو حنيفة ليس للوصي أن يأكل من مال الصبي فرضاً ولا غيره غنياً كان أو فقيراً. وقال الطحاوي له أن يأخذ قرضاً. وقال أبو يوسف لا يأكل منه شيئاً إذا كان مقيماً. فإن خرج لقاضي دينه أو مراعاة أسبابه فله أن ينفق ويركب دابّته ويلبس ثيابه. فإذا رجع ردّ الثياب والدابّة قيل والصحيح أنّه ليس له شيء من ذلك. لأنّه شرع فيه متبرعاً.

وفي الملحقات للوصي الأكل والركوب بقدر الحاجة. قال الله تعالى ﴿ **ومن كان فقيراً فليأكل** ﴾[5] وله أن ينفق عليه في تعلم القرآن والأدب إن تأهل لذلك. وإلا فلينفق بقدر ما يتعلم به القراءة الواجبة في الصلاة. **خك**[6] أنفق الوصي على أخي اليتيم وهو زمن بغير قضاء ضمن. ولو أنفق على أبيه لم يضمن. وقيل للوصي أن يعير ليس للوصي أن ينقل مال اليتيم إلى نفسه بنفس قيمته. ويجوز بأكبر عندهم إلا في إحدى الروايتين عن أبي يوسف. والقاضي والإمام في شرى مال اليتيم لنفسه كالأب. **جت**[7] وله أن يخلط مال اليتيم بماله. وله قضاء الدين الظاهر من ماله ويرجع. وفي أحكام القرآن للرازي وأن يخالطوهم فإخوانكم له أن يخلط بماله مقدار ما يغلب على ظنه أنّه يأكله اليتيم. ثمّ ذكر إباحة ماله بماله على الإطلاق. ولو كان مال الصغير في يد الأب وخيف فيه على مال الصغير يخرج المال من يده. ولو كان في التركة دين

---

[1] ث : أبو الليث
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[4] عك : علاء عين الأئمة الكرابيسي
[5] النساء ٤/٦
[6] خك : خلاصة الأكمل
[7] جت : جمع التفاريق للبقالي

بعلم الموصى ولا بيّنة فيه يودع الوصي عند من له الدين من جنس الدين أو يبلغ منه شيئاً بجنس الدين ثمّ يقول للورثة خاصموه في استرداد الوديعة والثمن فيقول رب الدين ما عندي شيء يجب رده عليكم أو ما لكم عندي أمانة وفي الثمن ما يجب علي أداء شيء إليكم. ولو قال ما أودعني وفي قلبي أنّه قضى ديني جاز أن يعذر. **نم**[1] استتباع من مال اليتيم شيئاً بألف والأخر بألف وما به والأولى أملى ينبغي أن يبيع من الأوّل الّذي لا يخشى عليه المنع والجحود عند الطلب. وكذا متولي الأوقاف كذلك قاله مشايخنا. **جت**[2] جعل للوصي مسرفاً لم ينصرف بدونه. وقيل للمسرف أن[3] يتصرف. **صغر**[4] **شس**[5] فسد الخير فيما يشتري الوصي من مال اليتيم أو يبيعه أن يشتري بما يساوي عشرة بخمسة عشر وجعل تفاوت الخير في الزيادات الناجية [٤٨٢/ب] خمساً عن أبي القاسم أوصى بثلث ماله فغصب رجل ماله وهو معشر فنوى الوصي الصدقة على الغاصب جاز. **شك**[6] أوصى بثلث ماله في سبيل الله يضعه الوصي حيث أحب. **خك**[7] ادعت المرأة المهر فللوصي أن يدفع مهر مثلها في التركة دين غير مستغرق لم يكن للوارث أن ينصرف فيها حتّى يقضي الدين. وروي له ذلك دفعاً للخرج. **ث**[8] شهد عند الوصي شاهد أن يدين على الميّت قال شدّاد يؤديه الوصي. فإن خاف الضمان بحجر أي لا يقر بالضمان. قلت أيضاً هكذا فيما يعلمه الموصى وقال الخلف لا يؤديه حتّى يحكم به الحاكم.

٦٤. ٣. ٢ فصل في ولاية الأب جش[9]

صغير ورث مالاً وله أن يستحقّ الحجر لا يثبت له الولاية فيه. **شب**[10] للأب أن يعرض ماله من ابنه الصغير. **صغر**[11] مات عن أولاد صغار وأب ولا وصي له يملك الأب ما يملك وصيه فينفذ وصاياه. ويبيع العروض والعقار لقضاء دينه وليس للجد ذلك. **شح**[12] يحفظ هذا جداً. **سبج**[13] للأب أن يجعل مال

---

[1] نم : نوري الأئمّة منصوراني
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] ق : + لا
[4] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[5] شس : شرح السرخسي
[6] شك : شرح السير الكبير
[7] خك : خلاصة الأكمل
[8] ث : أبو الليث
[9] جش : جمع شرف الأمة الاسفندري
[10] شب : شرح بكر خواهر زاده
[11] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[12] شح : شمس الأئمة الحلواني
[13] سبج : اسبيجابي

ولده الصغير عند نفسه مضاربة أو شركة عنان ورأس مال الأب أقلّ. وينبغي أن يشهد. فإن أشهد حلّ له الربح قضاء وديانة. وإن لم يشهد حلّ ديانة ولا يصدقه القاضي ويقسم الربح على قدر المالين. وكذلك هذا كلّه في الوصي. ص[1] للأب تملك قسمة مال مشترك بينه وبين الصغير بخلاف الوصي. جس[2] باع الأب مال أحد ابنيه الصغيرين للأخر جاز. وكذا إذا أذن لهما بذلك. شح[3] وكذا الجدّ بخلاف الوصي في حقّ اليتيمين. سبج[4] الأب والجدّ إذا باع مال الصغير من أجنبي بمثل القيمة جاز إذا لم يكن فاسد الرأي وإن كان فاسد الرأي فإن باع العقار لم يجز حتّى لو كبر يأخذه إلا باعه بضعف قيمته. وفي بيع المنقول روايتان. م[5] عن أبي يوسف اشترى لابنه الصغير ثوباً أو طعاماً وأشهد أن يرجع به عليه يرجع به إذا كان له مال. وإلاّ فلا لوجوبهما عليه حينئذ ويمثله لو اشترى له داراً أو عبداً يرجع سواء كان له مال أو لم يكن. وإن لم يشهد لا يرجع. قلت وهذا حسن يجب حفظه. صغر[6] بلغ عاقلاً ثمّ جنّ أو عته على قول أبي يوسف لا يعود خلاف محمد. وقال الميداني[7] على قول علمائنا يعود خلاف زفر. فإن عنده يعود إلى القاضي. ط[8] أجمعوا على أنّه ليس للأب أن يوفي دينه من مال ابنه الصغير.

٦٤. ٣. ٣ فصل فيمن يكون خصماً في إثبات الوصاية شط[9]

طلب من القاضي نصب وصي عن الصغير فالأصح أنّه يحبسه إلى ذلك بشرط حضره الصغير عند نصب الوصي [٤٨٣/أ] للإشارة إليه ص[10] في أدب القاضي. إذا أراد إثبات الوصاية لا يسمع القاضي شهوده إلا بمحضر الخصم. والخصم فيه الوارث أو رجل للميت قبله حقّ أو رجل له قبل الميّت حقّ أو رجل أوصى له الميّت بوصية. وذكر اختلاف المشايخ فيمن له قبل الميّت حقّ. ث[11] أوصى بثلث ماله للمساكين فاحتاج ورثته وضم كبار فأنفقوا على أن يصرفوا ذلك إلى نفوسهم جاز. وكذا لو كان البعض محتاجاً فصرف إليه بإذن الباقين. وإن كانوا فيهم صغيراً وكبيراً لا يجوز.

---

[1] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[2] جس : أجناس الناطفي

[3] شح : شمس الأئمة الحلواني

[4] سبج : اسبيجابي

[5] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[6] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين

[7] [illegible] الزركلي الأعلام ١/٢١٤.

[8] ط : المحيط

[9] شط : شرح الطحاوي

[10] ص : الأصل لمحمد بن الحسن

[11] ث : أبو الليث

٦٤. ٣. ٤ فصل فيما يصحّ من الوصيّة وما لا يصحّ جت[١]

أوصى أن يقضي عن وارثه دينه لم يجز. ولو قال عن فلان والغريم وارثه جاز. ولو أوصى أن يؤدي عن فلان كذا عن زكاته. فإن كان حياً فله ذلك يصنع بها ما شاء. وإن كان ميتاً أديت عنه. وقيل في الوصيّة للمرضى يدخل فيه المجانين والعميان والذمي. ولو أوصى بأن يتّخذ داره مسجداً لقوم بأعيانهم فهو وصيّة بالملك. وكذا إذا أوصى أن يحج عنه قوم بأعيانهم. شب[٢] تعليق الوصيّة المحضة بالشرط لا يجوز سواء كان قبل الموت أو بعده. خلك[٣] لو قال المريض ثلث مالي لله لم يصحّ عند أبي يوسف خلاف محمد. ولو وهب شيئاً لوارثه وأوصى له فهما باطلان. لو قال إن مت فأنت برئ من ديني فوصية. ولو قال إن مت فأنا برئ من دينك فباطل. وفي الملحقات دفع خمسين درهماً إلى بيته في مرضه[٤] وقال إن مت فاعمري قبري وقبر أبي وأمي ولك خمسة واشتري بالباقي حنطة فتصدقي بها على الفقراء فالخمسة لها باطلة. لأنّه ليس للوصي أخذ الأجر. وأما القبور فإن احتاجت إلى مزيّة لا بدّ منها تغمزها. وإلاّ فلا. لأنّ الفضل تزيين والوصيّة بها باطلة وتشتري بالباقي حنطة وتتصدق بها. جت[٥] أوصى بغلام للمسجد بخدمة أو يؤدون فيه جاز. وكسبه لورثته. وأطلق أبو يوسف أنّه لا تجوز الوصيّة في أكفان موتى المسلمين وحفر مقابرهم وسقايتهم لا يجوز حتّى يذكر الفقراء. وعن أبي يوسف لا تجوز الوصيّة للمسجد حتّى يقول أنفقوا على المسجد. وعن محمد ينفق في سراجه ونحوه. ولو أوصى بسقاية جازت للعامة لم يجز حتّى يذكر الفقراء خلافهما. وكذا الخان للنزول والحوض والقنطرة. وينفع به الغني والفقير بخلاف الغلّة [٤٨٣/ب] الوصيّة لقارئ يقرأ القرآن عند قبر الموصي لم يجز معلوماً كان أو مجهولاً. لأنّه بدعة. ولو قال أوصيت له به فإن مات فلفلان أو قال أوصيت له بثلث مالي فإن مات فما بقي فلفلان فالشرط باطل. وهو الأوّل ولورثته. ولو قال على أن يقضي ديني والثلث والدين مجهولان لم يجز. وإن كانا معلومين جاز إذا لم يكن في الثلث ذهب ولا فضة. وكذا الوصيّة بالدار على أن يقضي عنه فلان ألفاً. وإن كان في الثلاث دراهم مثل الدين لم يجز. وإن كان أقلّ جاز إذا قبضها ساعة يموت وقضى دينه. وإلا أنقص فيها وبقى في حصة العروض. ط[٦] أوصى بثلث ماله لفلان أو لفلان. فعن أبي حنيفة الوصيّة باطلة. وعن أبي يوسف الوصيّة لهما. وعن محمد صحّت والبيان إليه. ولو أوصى له ذويه بدراهم أو شعير لم يجز. وعن محمد إذا أوصى لفرسه كلّ شهر بكذا فهو لصاحبه. وإن ينفق أو يبيع بطل.

---

١ جت : جمع التفاريق للبقالي

٢ شب : شرح بكر خواهر زاده

٣ خلك : خلاصة الأكمل

٤ ق : بنية مرضه

٥ جت : جمع التفاريق للبقالي

٦ ط : المحيط

٦٤. ٣. ٥ فصل في إجارة الورثة وما يرجع بها وبيع التركة المستغرق بالدين م[1]

عن محمد أوصى بأن يحج عنه فأحج الوارث من ماله ثمّ رجع بها في مال أبيه جاز. وفي الأجنبي لم يجز. ولو أحج الوارث من ماله على أن لا يرجع لم يجز الميّت عن حجّة الإسلام. وكذا الزكاة والكفّارة. الوارث قضى الدين من ماله فله ذلك ويرجع ويصدق أنّه قضى ليرجع. وكذا شرى الكفن ونفقة القبر وإن كان هناك وصي. صغر[2] استغرق التركة بدين لوارث لا وارث غيره لا يمنع الإرث. خك[3] ص[4] يمنع. كص[5] أقرّ في مرضه لابنه بألف عليه أو كتبه في كتاب وصيّة فقال بقية الورثة بعد العلم أجزنا هذه الوصيّة جاز. وقيل علمهم لم يجز طولب الوارث بقضاء الدين في التركة المستغرقة فقضاؤه من مال آخر لا يكون متبرعاً. ث[6] وقيل لا يكون خصماً. لأنّه لم يأخذ شيئاً. وقيل يكون خصماً. وبه يفتى. فن[7] روى محمد عن أبي حنيفة أن لأحد الورثة أن يفرز الدراهم الوصيّة ويتصدّق بها وفيما سواها من العروض وغيرها لا يجوز إلا أن يتصدّق بها مشاعاً. وقيل إذا أفرز لابنيه داراً بنصيبه على أن لا ميراث له بعد موته جاز. جت[8] لا يجوز للوارث والغرماء بيع التركة عند عدم الوصي. إنما ثبت ذلك للحاكم. م[9] أوصى بعبد قيمته ألف وعليه ألف وله على الناس ألف لم يخرج منها شيء فأعتق الموصا له أو الوارث العبد فعتقه باطل. وباع في الدين فإن جرح دين الميّت قبل البيع جاز العتق. وقال محمد يعتق [٤٨٤/أ] في الحالين. لأنّ ماله أكثر من الدين. نم[10] الوارث لا يملك بيع المنقول المحيط به الدين إلا بإذن الغرماء أو صبي لأجنبي بثلث ماله وبعض ورثته فأجازت البقية يقدم وصيّة الأجنبي.

٦٤. ٣. ٦ فصل في تصرفات المريض

باع المريض من ماله من وارثه بمثل القيمة أو بأضعافه لا يجوز عند أبي حنيفة من غير إجازة الورثة. لأنّ نفس البيع من وصيه. وكذا لو اشترى منه. ط[11] اشتري من وارثه بمعانيه الشهود وأعطاه الثمن

---

[1] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[2] صغر : الفتاوى الصغرى لحسام الدين
[3] خك : خلاصة الأكمل
[4] ص : الأصل لمحمد بن الحسن
[5] كص : ركن الأئمة الصباغي
[6] ث : أبو الليث
[7] فن : فتاوى النسفي
[8] جت : جمع التفاريق للبقالي
[9] م : المنتقى للحاكم الشهيد
[10] نم : نوري الأئمّة منصوراني
[11] ط : المحيط

ولا محاباة فيه جاز. ط[1] أجر المريض داره بأجل يعتبر من جميع المال. لأنّ حقّ الوارث لم يتعلّق بالمنافع يتبرع المريض الّذي لا يكون الغالب من حالة الهلاك ثمّ مات من ذلك فتبرع كتبرع الصحيح. جت[2] المريض المعتبر فيه أن يكون مضنياً لا يقوم إلا بشدة. ويجوز صلاته قاعداً. وإن كان يقوم في داره لحاجة الإنسان والمقعد والمذبوح والمسئول إذا تطاول و لم يقعده في الفراش كالصحيح. ذكر علك[3] عن الزعفران والناطفي عن أصحابنا. و شح[4] حدّ التطاول سنة.

٦٤. ٣. ٧ فصل في المخاصمة في الموصى به

وقف أرضه في مرض موته وأوصى بوصايا قسم الثلث بين الوقف. وسائر الوصايا فما أصاب قيمة الوقف منه بقى بقدره وقفاً. ولا يكون الوقف المنفذ أولى أوصى بثلث ماله لفلان وبحجه ولعتق نسمه يقسم بينهم أثلاثاً. فإن لم يبلغ نصيب النسمة ما يشتري به نسمه ردّ على الموصا له بالثلث. وعن محمد لو قال تصدقوا على المساكين بألف تطوعاً وأعتقوا عن نسمة تطوعاً وثلثه لا يفي بهما بدئ بالصدقة. لأنّها أفضل من العتق. ولا يعد لها شيئ من التطوّع عندنا إلا أن أبا حنيفة قال الحج أفضل من الصدقة. فأما في قولنا فالصدقة أفضل منه. ولو أوصى بحجّة واجبة بمائة ولرجل بمائة وللمساكين بمائة يقسم الثلث بين الرجل والحجّة نصفين. فما أصاب الرجل يقسم بينه وبين الصدقة نصفين. وإن قسمت الثلث أولاً بينهم أثلاثاً ثمّ صرفت ما للمساكين إلى الحجّة فبدأت بها ثمّ ما فضل فللمساكين فهذا وجه حسن. والأب أحب إليّ.

٦٤. ٣. ٨ فصل في الوصيّة بألف وهو عشر ماله ونحو ذلك ث[5]

قال أوصيت لفلان بألف وهو عشري مالي لم يكن له إلا ألف زاد على العشر أو نقص. ولو قال أوصيت له بجميع ما في هذا الكيس وهو ألف فإذا فيه ألفان ودنانير وجواهر فكلّه للموصا له إن [٤٨٤/ب] خرج من الثلث. وكذا أوصيت بجميع ما في هذا البيت وهو كر حنطة. وكذا لو قال وهبت لك جميع ما في هذا الكيس وهو ألف درهم وسلمه إليه فكلّ ما فيه للموهوب له. ولو قال أوصيت له بألف درهم. وهو جميع ما في هذا الكيس فليس إلا الألف.

---

[1] ط : المحيط
[2] جت : جمع التفاريق للبقالي
[3] علك : علاء عين الأئمة الكرابيسي
[4] شح : شمس الأئمة الحلواني
[5] ث : أبو الليث

٦٤. ٣. ٩ فصل في مسائل متفرّقة

أوصى لأيتام محلته أو للأرامل أو للزمني فاليتيم من مات أبوه و لم يبلغ الحلم. والأرملة كلّ امرأة مات عنها زوجها أو طلقها وصي محتاجة بالغة بكراً كانت أو ثيباً والزمن قال في المجرّد عن أبي حنيفة المقعد والأعمى ومقطوع اليدين أو الرجلين أو إحديهما أو أشلّ اليدين أو أحدهما وهي يابسة. فإنّه زمن. وفي نوادر المعلى اليأس هو الزمن دون الشلل. وعن الحسن الأحدب والشيخ الكبير المنحي الظهر يدخل في اسم الزمن. م[١] عن محمد مات في سفر فباع رفقاؤه متاعه ودوابّه وحواريه وليس هناك قاض يبيعهم جابر وللمشتري أن ينفع بها. فإن جاء وارثه ووجده متاعه فله أن يأخذه. وإن شاء أجاز البيع كالصدقة باللقطة. شص[٢] أوصى لأقربائه فالوصيّة عندهما لكلّ من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام. قال هذا في زمانهم. أما في زماننا فممتنع. لكن يصرف إلى أولاد أبيه وجدّه وجدّ أبيه وأمّه وأولاد أمّه فحسب.

---

[١] م : المنتقى للحاكم الشهيد

[٢] شص : شرح الصباغي



٦٥ كتاب الفرائض



أعلم[1] أن الفرائض[2] من أجل علوم الشريعة وأسناها قدراً وأعظمها شأناً وخطراً حتّى أمر النبي عليه السلام باقتباسها. وأخبرنا عن شرعه اندراسها فقال ﷺ « **تعلّمُوا الفرائضَ وعلّموها الناسَ فإنها أوّلُ قضية تنسى** »[3] وسمّاه ﷺ نصف العلم. فإنها معرفة أحوال إحدى حالتي الحياة والممات والحكم فقال ﷺ « **تعلّموا الفرائضَ فإنها نصفُ العلمِ** »[4] وإنّما سمّاها فرائض[1] إظهاراً لأهميتها وجلالة حالها من

---

[3] ابن ماجه السنن **"فرائض"** ١؛ الدارقطني السنن **٦٧/٤**.

[4] ابن ماجه السنن **"فرائض"** ١؛ الدارقطني السنن **٦٧/٤**؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** **٢٨١/٣**؛ الطبراني **"المعجم الأوسط"** **٢٧٥/٥**.

الفضائل كالفرائض المحكمة بالنسبة إلى النوافل أو لأنّ الفرض عبارة عن التقدير. وسهام الورثة معذرة على ما يلي عليها من التقدير أو اقتداء بتسمية العليم الخبير حيث قال في خاتمة بيان المواريث ﴿ **فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما** ﴾[2] وإنّما ختم المصنّف بها الكتاب وأتم بها الأبواب. لأنّ مسائلها تتعلّق بخاتمة التكليف فناسب الختم بها في كلّ تأليف فقهي وتصنيف.[3]

وأسباب الوراثة ثلاثة رحم ونكاح وولاء. الورثة نوعان مجمع على توريثهم ومختلف فيه. والمجمع أمتن وأقوى فكان الابتداء بذكرهم أهمّ [٤٨٥/أ] وأولى.

قال: **المجمع على توريثهم من الذكور عشرة.**

ارثين. البحر الرايق ٨/٥٥٦.



٦٥. ١ باب في معرفة المقدمات في الفرائض

اعلم أنّه لا بدّ من معرفة الفرائض من تقديم ثلاث مقدّمات.

إحديها أن الوارث يرث من الحيّ أم من الميّت. والثانية في معرفة ما يبدأ به من تركة الميّت. والثالثة في معرفة ترتيب الحقوق المتعلّقة بتركة الميت أم الأولى فقال مشايخ العراق الحيّ يرث من الحيّ وإلا لامتنع وراثة الأزواج لانتفاء الزوجية بالموت. وقال مشايخ بلخ يرث من الميّت. وإلا لكان العين الواحدة ملكاً للمورث والوارث في حالة واحدة. وإنّه ممتنع. فائدة الخلاف تظهر فيمن قال لزوجته الأمة إذا مات مولاك فأنت طالق ثنتين فمات ولا وارث له سوى الزوج. فعلى قول مشايخ العراق لا تطلق لتقدم الملك وفساد النكاح. وعلى قول مشايخ بلخ تطلق.

وأما الثانية فأول ما يبدأ من تركته تجهيزه ودفنه من جميع ماله على ما يليق بحاله لقوله ﷺ « **ابدأْ بنفسِك ثمّ بمن تَعولُ** »[1] واعتباراً بحال حياته. فإنّه لا يباع لباسه لدينه. فهذا ولى ويكفن بمثل ثيابه الّذي كان يلبسه في حياته إلى السوق والوليمة والجمعة والعيدين. لأنّ يوم جمع. وكذا فيما يحتاج إليه حتّى يتوارى في حفرته من التابوت في أرضنا ونحوه. وإن لم يكن له شيء فعلى المسلمين تكفينه. وهذا يشعر بتقديم الكفن على الدين فإنّه لا يجب على المسلمين قضاء دينه.

وأما الثالثة فالحقوق المتعلّقة بالتركة خمسة: التجهيز والتكفين وقضاء الديون والوصيّة والإرث وبيت المال. فأولها التكفين والتجهيز على ما بيّنّاه. وثانيها قضاء الديون. وهي مقدّمة على الوصيّة. لأنّ الدين حقّ العبد. وهو أفقر والأمّ. والوصيّة حقّ الله تعالى وهو أغنى وأكرم. وهما مقدّمان على الإرث لقوله تعالى ﴿ **من بعد وصيّة يوصى بها أو دين** ﴾[2] ثمّ الديون على ثلاث مراتب أقوى. وهو ما يتعلّق بعين من التركة قبل الموت. وهي ثلاث، دين العبد المأذون ودين العبد الجاني بالأرش ودين برهن.[3] فإنّها تقدم على سائر الديون. ووسط وهي ديون الصحة وديون المرض الّتي أسبابها معروفة وضعيف. وهو الدين الثابت

---

[1] أبو داود السنن **"عتق" ٩**؛ النسائي السنن الكبرى **"زكاة" ٦٠**؛ البيهقي **"السنن الكبرى" ١٧٨/٤**؛ الزيلعي **"نصب الراية" ٤٨٣/٣**.

[2] النساء **١١/٤**

[3] ف، ق : به رهن

بالإقرار[1] في المرض والوسط على[2] الضعيف. ثمّ الوسط أو الأقوى الثابت بشهادة المسلمين مقدّم على الثابت بشهادة النصرانيين.

وثالثها الوصايا. وهو خمس مراتب. أقواها العتق المرسل في المرض والمنفذ بالموت والمحاباة في المرض. فإنها مقدّمة على سائر الوصايا والوصيّة بالعتق. وثانيها الوصيّة للأجنبي من ثلث [٤٨٥/ب] المال مقدّمة على الوصيّة للوارث عند إجازة الورثة. وثالثها الوصيّة للوارث من ثلث المال عند إجازة الورثة. ورابعها الوصيّة بما زاد على الثلث. وخامسها الوصيّة للقاتل على ما بيّنّا. رتبها وتفاصيلها في كتاب الوصايا.

ورابعها الإرث. والورثة أربعة أصناف: الفرائض والعصبات وذوو الأرحام والموالي. أما أصحاب الفرائض فمن لهم سهام مقدّرة بالكتاب أو بالسنة المشهورة أو بإجماع الأمّة. والعصبة من يأخذ الباقي منفرداً أو مع ذوي السهام. وهو مقدّم على ذوي الأرحام والمولى صنفان موالي العتاقة وموالي الموالاة. وذو الرحم كلّ ذي نسب ليس بصاحب فرض ولا عصبة على ما يأتيك بيانها مفصلاً إن شاء الله تعالى.

ثمّ هؤلاء نوعان مجمع ومختلف. والمجمع ذكور وإناث. فالمجمع من الذكور عشرة على ما بيّنه صاحب الكتاب.

قال: **الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجدّ أب الأب وإن علا والأخ وابن الأخ والعمّ وابن العمّ والزوج ومولى النعمة. ومن الإناث سبع البنت وبنت الابن والأمّ والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة**

يعني المعتقة. ولا خلاف بين الأمة في توريث هذين الفريقين. وكفى بإجماع الأمّة دلالة قاطعة على ذلك على أن أوائل سورة النساء وآخرها تدلّ على وراثتهم إلا الجدّين والموليين فقد ثبت ذلك بالسنة. وهو ما روي أنّه ﷺ ورث الجدّ والجدة **وقال « الولاء لمن أعتق »**[3] والإجماع أيضاً ثمّ للأخوة والأعمام بينهم تفاصيل تتلى عليك في موضعها إن شاء الله تعالى.

---

[1] ق : - بالإقرار

[2] ف، ق : + مقدم

[3] البخاري الصحيح "**بيوع**" ٧٣؛ مسلم الصحيح "**عتق**" ٨؛ أبو داود السنن "**عتق**" ٢؛ النسائي السنن الكبرى "**طلاق**" ٣١؛ ابن ماجه السنن "**عتق**" ٣؛ مالك الموطا "**عتق**" ١٤٧٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٨١/٦.

١.١.٦٥ فصل في موانع الإرث

قال: **ولا يرث أربعة بحال**[١] **المملوك والقاتل من المقتول والمرتدّ وأهل ملتين.**

أما المملوك فلقوله تعالى ﴿ **ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء** ﴾[٢] ولأنّ ما يحصل للعبد فهو لمولاه فيكون الميراث للأولى ولأقربائه بينهما. ولأنّه لا يرث منه أحد فلا يرث من أحد. لأنّ العلم بإزاء العدم. وسواء كان الرقّ كاملاً أو ناقصاً كالمدبّر وأمّ الولد والمكاتب والمستسعى عند أبي حنيفة. لأنّه بمنزلة المكاتب عنده.

وأما القاتل فلقوله ﷺ « **القاتل لا يرث من المقتول** »[٣] وإنّما يحرم القتل عن الميراث أن لو كان موجباً للقصاص أو الكفّارة عمداً كان أو خطأً تحزيراً أو غيره وذلك بأن يقتله مباشرة كمن رمى سهماً إلى صيد أو غرض فأصاب مورثه أو رأى إنساناً فظنه صيداً فرماه أو سقط من يده حجر عليه أو انقلب في النوم عليه أو سقط من السطح عليه [٤٨٦/أ] أو يطأ دابّة وهو راكبها. لأنّ القتل بفعله ونقل[٤] الدابّة تبع له. فهذا كلّه مباشرة. وإن لم يكن القتل موجباً للقصاص ولا الكفّارة لا يحرم به الميراث كقتل الصبي والمجنون والمعتوه والمبرسم بسبب كمن ساق دابّة أو قادها فوطئه أو مال حافظه فأشهد عليه وسقط على مورثه أو وضع حجراً أو خشبة أو حفر بئراً على قارعة الطريق وأشباه ذلك أو سقاه سما من غير أن يؤجر أو حبس مورثه فمات جوعاً أو عطشاً. فإنّه لا يحرم به الميراث بخلاف الشافعي. **شك**[٥] أسلم في دار الحرب فدخل إليه أخوه مسلماً بأمان فقتله عمداً أو خطأً ثمّ أسلم أهل ا لدار أو صاروا ذمّة لا يرث القاتل من المقتول. وكذا على عكسه. **ق**[٦] **ن**[٧] ولو شربت دواء السقط ولدها عهداً فألقت جنيناً ميتاً فعلى عاقلتها الدية في ثلاث سنين. وإن لم يكن لها عاقلة ففي مالها. وذلك للأب. ولا ترث منه وعليها الكفّارة ولو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليها. **شط**[٨] **ع**[٩] صبي في بدايته جذبه إنسان منه والأب أمسكه حتّى مات فديته على الجاذب ويرث الأب منه. ولو جذباه حتّى مات فديته عليهما ولا يرث الأب.

---

١ ف، ق : – بحال

٢ النحل ٧٥/١٦

٣ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٢٨٠/٦؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٤٩/١؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢٢٠/٦.

٤ ف، ق : بتقبله وثقل

٥ شك : شرح السير الكبير

٦ ق : قدوري

٧ ن : النوازل

٨ شط : شرح الطحاوي

٩ ع : عيون المسائل للسمرقندي

وأما المرتدّ فلأنّه لا ملّة له. وقال ﷺ « **لا يتوارث أهل ملتين لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم** »[1] وقضيته أن لا يرث المسلم المرتدّ. لكنّا تركناه لحديث عُوَيْمِرِ العجلاني أنّه لما ارتدّ ثمّ أتى الإسلام فقبله علي رضي الله عنه وجعل ماله بين ورثته المسلمين. وعن ابن مسعود وابن عبّاس رضي الله عنهم مثله. ولأنّ هذا توريث المسلم من المسلم. لأنّ بالارتداد يزول ملكه عن إكساب الإسلام فيصير كأنه مات بالرّدّة. وعندهما يرث من الكسبين. لأنّ المرتدّ في حكم الإسلام ما لم يمت أو يلتحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه. **شب**[2] وأهل الردّة لا يرث بعضهم بعضاً. ولا ترث المرتدّة المرتدّة. لأنّه لا ملّة لهم. وبقية مسائل المرتدّين مرّت في السير. وأما أهل ملتين فلما روينا من الحديث « **لا يتوارث أهل ملتين** »[3] والمراد ملة الإسلام وملة الكفر لقوله ﷺ « **الكفر كلّه ملة واحدة** »[4] فلهذا يرث الكفرة بعضهم بعضاً كاليهود والنصارى والمجوس إذا جمعهم دار واحدة.

قلت ذكر الموانع أربعة. وهي أكثر منها اختلاف الدارين حقيقة كالحربي والذمي. ومنها اختلافهما حكماً كالأخ الحربي المستأمن والأخ الذمي في دار الإسلام مات أحدهما لا يرث الآخر أو مات النصراني بالروم وأخوه في الهند أو مات هندي وابنه في الأتراك [٤٨٦/ب] وفي كلّ ما يستحل بعضهم قتال بعض من الكفرة. لأنّ تباين الدارين يقطع الولاية والنصرة والإرث بناء عليهما. وفي كتاب العلل الحربيات من دارين مختلفين دخلا دارنا بأمان. فإن أحدهما لا يرث الآخر وإن كانا على دين واحد.

ومنها جهالة تاريخ الموتى كالغرقى والحرقى والهدمي والقتلى فكافاتهم. فإنهم لا يتوارثون على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى. ومنها جهالة الوارث. وذلك في خمس مسائل أو أكثر. إحديها رجل وضع ولده في فناء المسجد ليلاً ثمّ ندم صباحاً فرجع ليرفعه فإذا فيه ولدان ولا يعرف ولده من غيره ومات قبل الظهور لا يرث واحد منهما. ويوضع ماله في بيت المال. ونفقتهما على بيت المال. ولا يرث أحدهما من صاحبه. وثانيها أرضعت صبياً مع ولدها وماتت ولا يعلم ولدها من غيرها لا يرثها واحد منهما ولا من صاحبه. وثالثها حرّة وأمة ولدت كلّ واحدة ولداً في بيت مظلم ولا يعرف ولد الحرّة من غيره لا يرث واحد منهما. ويسع كلّ واحد منهما في قيمته لمولى الأمة. ورابعها استأجر نصراني ومسلم ظيراً واحدة لولديهما فكبرا ولا يعلم ولد النصراني من ولد المسلم فالولدان مسلمان. ولا يرثان من أبويهما. ولا كلّ واحد منهما من صاحبه. وخامسها رجل له ابن من حرّة وابن من أمة لإنسان أرضعتهما ظير حتّى كبرا

---

[1] البخاري الصحيح "**فرائض**" ٢٦؛ مسلم الصحيح "**فرائض**" ١؛ أبو داود السنن "**فرائض**" ١٠؛ الترمذي السنن "**فرائض**" ٥؛ ابن ماجه السنن "**فرائض**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٠٠/٥؛ مالك الموطا "**فرائض**" ١٠٨٢.

[2] شب : شرح بكر خواهر زاده

[3] البخاري الصحيح "**فرائض**" ٢٦؛ مسلم الصحيح "**فرائض**" ١؛ أبو داود السنن "**فرائض**" ١٠؛ الترمذي السنن "**فرائض**" ٥؛ ابن ماجه السنن "**فرائض**" ٥؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٠٠/٥؛ مالك الموطا "**فرائض**" ١٠٨٢.

[4] مالك الموطا "**فرائض**" ١٠٨٢.

ولا يعرف ولد الحرّة من غيره فهما حرّان. ويسع كلّ واحدة منهما في نصف قيمته لمولى الأمة. ولا يرثان منه. كذا ذكرها ظهير الأئمّة التمرتاشي في فرائضه.

قال: **والفروض المذكورة[1] في كتاب الله تعالى ستة. النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس. فالنصف فرض خمسة البنت وبنت الابن إذا لم يكن بنت الصلب.**

أما البنت فلقوله تعالى ﴿ **وإن كانت واحدة فلها النصف** ﴾[2] لكن بشرط أن لا يكون معها ابن ولو كان ﴿ **فللذّكر مثل حظّ الأنثيين** ﴾[3] وأما بنت الابن عند عدم بنت الصلب. لأنّها تقوم مقامها عند عدمها. لأنّ اسم الأولاد يتناول بنات الابن. ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ **يا بني أدم** ﴾[4] يتناول أولاد الأولاد.

قال: **والأخت للأب والأمّ النصف.**

لقوله تعالى ﴿ **إن امرُؤٌ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك** ﴾[5]

قال: **والأخت لأب وأمّ.**[6]

لأن الأخت لأب وأمّ والأحب لأب. وإنّما شرط عدم الأخت والأخ لأب وأمّ أقرب وأقوى فيستحقّ النصف. وأخوها عصبة وأقوى فيأخذ الكلّ أو الباقي فلا يبقى لها شيء.

قال: **والزوج إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن.**

لقوله تعالى ﴿ **ولكم** [٤٨٧/أ] **نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد** ﴾[7]

قال: **والربع[8] للزوج مع الولد وولد الابن.**

لقوله تعالى ﴿ **فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن** ﴾[9]

قال: **وللزوجات إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن.**

١٢/٤

لقوله تعالى ﴿ **ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد** ﴾[1]

قال: **والثمن للزوجات مع الولد وولد الابن.**

لقوله تعالى ﴿ **فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم** ﴾[2]

قال: **والثلثان لكلّ اثنين فصاعداً ممن فرض النصف إلا الزوج.**

لقوله تعالى في البنات ﴿ **فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك** ﴾[3] قال في التفسير أي اثنين وما فوقهما. وبنات الابن بمترلة بنات الصلب عند عدمهنّ لما بيّنّا. قال تعالى في الأخوات ﴿ **فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك** ﴾[4] واسم الأخت يتناول الأخت لأب وأمّ والأخت لأب وأما الزوج فلا تعدد فيه.

قال: **والثلث للأم إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا ابنان من الإخوة والأخوات فصاعدا.**

يعني من أي حرمة كانوا وللأم أحوال في حال لها الثلث من جميع المال. وفي حال لها ثلث ما بقى في الأبوين مع أحد الزوجين. وفي حال لها سدس جميع المال مع الوالد أو ولد الابن أو اثنان من الإخوة والأخوات لقوله تعالى ﴿ **ولأبويه لكلّ واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد وإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس** ﴾[5] فساقه وسياقه ولا على استحقاق الأمّ السدس في الحالة الثالثة. لأنّ المراد بالإخوة الإثنان فصاعداً بإجماع الصحابة والفقهاء خلافاً لأبن عبّاس ﷺ. والدليل عليه أبي حنيفة الجمع يتحقّق بين اثنين. وقد ورد الاستعمال في القرآن به. قال تعالى ﴿ **فقد صَغَتْ قلوبُكما** ﴾[6] وقال في الخصمين في قضية داود عليه السلام ﴿ **إذ تسوَّروا المحرابَ إذ دخلوا على داوود** ﴾[7] ووسطه دلّ على استحقاقهما الثلث فيما يرث أبواه عند عدم الولد. ثمّ إن كان معها أحد الزوجين. فميراثهما ما بقى من نصيب أحدهما فلها ثلث. ولكنه وإن لم يكن فميراثها جميع المال فلها ثلث جميع

المال. وإذا استحقت الثلث عند الأب فعند عدمه أولى. وقيل لها ثلث ما بقي في فصل الزوج والأبوين دون الآخر احترازاً عن تفضيل الأمّ على الأب.

قال: **ويفرض لها في مسألتين ثلث ما تبقى بعد فرض الزوج والزوجة وهما زوج وأبوان وامرأة وأبوان.**

وقد بينا ذلك.

قال: **وهو لكلّ اثنين فصاعداً من ولد الأمّ ذكورهم** [٤٨٧/ب] **وإناثهم فيه سواء.**

لقوله تعالى ﴿ **وإن كان رجل يورث كلالة وله أخ أو أخت فلكلّ واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث** ﴾[1] قال في التفسير وله أخ أو أخت. وقيل هو قراءة ابن مسعود رضي الله عنه.

قال: **والسدس فرض سبعة لكلّ واحد من الأبوين مع الولد أو ولد الابن. وهو للأم مع الإخوة**

وقد بينا ذلك.

قال: **وهو للجدات والجدّ مع الولد.**

لأنه روي عبد الرحمن رضي الله عنه يريد أنّه أعطى رسول الله ثلاث جدات السدس ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وهو حجة على مالك في قوله إن أم أب الأب لا ترث. وعلى ابن سيرين في قوله إن أم الأب لا ترث. وأما الجدّ فلأنه يقوم مقام الأب عند عدمه وللأب السدس مع الولد. وكذا له. وكذا مع ولد الابن لقيامه مقام الولد.

قال: **ولبنات الابن مع البنت.**

لأن فرض البنات الثلثان واسم البنات يشمل الكلّ. وقد ثبت للبنت الواحدة النصف بالنصّ فيبقى لهن عام الثلثين. وهو السدس وللأخوات لأب مع الأخت لأب وأمّ لما مرّ آنفاً وللواحد من ولد الأمّ لما تلونا من الآية في الكلالة.

---

[1] النساء ٤/١٢



٢.٦٥ باب السقوط

قال: **يسقط الجدات بالأم بإجماع الأمّة والجد والإخوة والأخوات بالأب.**

لأن الجدّ يقوم مقام الأب عند عدمه. فعند وجوده لا يرث. وأما الإخوة فلحديث علي رضي الله عنه « **ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلا ولي عصبة** »[١] ذكروا الأب أولى من ولده إذا لم يرث الإخوة مع الأب لا يرث الإخوة. لأنّهنّ أضعف.

قال: **وتسقط ولد الأمّ بأربعة الولد وولد الابن والأب والجد.**

لأن الله تعالى إنما أثبت الميراث لهم من الكلالة. والكلالة من ليس له ولد ولا والد والجدّ يقوم مقام الأب. وولد الابن مقام الولد فلا يرث معهم.

قال: **وإذا استكملت البنات الثلثين سقطت بنات الابن إلا أن يكون بإزائهن أو أسفل منهن ابن ابن فيعتصبهنّ.**

لأن البنات وإن كثرت لا يزيد حقهنّ على الثلثين. وإنّما يقوم بنات الابن مقامهن عند عدمهن فلا يرثن معهن يتبين أن ذلك بنات الابن يرث السدس مع البنت الواحدة لقيامهن مقام البنت الثانية. فإذا وجدت سُقطت ضرورة إلا أن الذكر الموازي أو الأسفل يعتصمهنّ بقوة الذكورة بإيماء قوله تعالى ﴿ **يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾[٢] فيضرب بسهم الأنثى مع الذكر في الباقي.

قال: **وإذا استكملت الأخوات للأب والأمّ الثلثين سقطت الأخوات للأب إلا أن يكون معهنّ أخ لهنّ فيعصبهن**

[٤٨٨/أ] لما بيّنّاه في البنات وابن عبّاس رضي الله عنهما يجعل الباقي المذكور الأسفلين دونهن. والحجّة عليه ما ذكرناه.[٣]

---

[١] البخاري الصحيح **"فرائض"** ٤؛ مسلم الصحيح **"فرائض"** ٢؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ٨؛ أحمد بن حنبل "المسند" ٢٩٢/١.

[٢] النساء ١١/٤

[٣] ق : + والله تعالى أعلم



٦٥. ٣ باب العصبات

قال: **وأقرب العصبات البنون ثمّ بنوهم ثمّ الأب ثمّ الجدّ ثمّ بنو الابن وهم الإخوة ثمّ بنوا الجدّ وهم الأعمام ثمّ بنو أب الجد.**

لقوله ﷺ « **ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلولي عصبته ذكر** »[١] ولا خلاف بين الأمة في القرب على هذا الترتيب إلا في الجدّ والإخوة على ما نبينه إن شاء الله تعالى. وروي في الحديث على مثل هذا الترتيب.

قال: **وإذا استوى بنو أب في درجة فأولاهم من كان لأب وأم.**

لقوة القرابة بالاستبيان إليهما كبنات الأب والأم.

قال: **والابن وابن الابن والإخوة يقاسمون مع أخواتهم ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾**[٢]

لما بيّنا في الفريقين في بني الأولاد والأخوات.

قال: **ومن عداهم من العصبات يتفرد ذكورهم بالميراث دون إناثهم.**

لقوله ﷺ « **فما أبقت الفرائضُ فلأقرب عصبة ذكر** »[٣] إلا أنّا تركناه في البنات والأخوات بنصّ القرآن وفيما عداها جزئان على قضية الحديث والأخوات لأب وأمّ أو لأب مع البنات أو بنات الابن عصبة. وهو قول علي وعمر وابن مسعود وزيد بن ثابت ومعاذ رضي الله عنهم. وقال ابن العباس رضي الله عنهما وابن الزبير رضي الله عنهما لا يرث الأخت مع البنت لعدمها عنها. والحجّة عليهما حديث شرحبيل عن ابن مسعود رضي الله عنه « **أن**

---

[١] البخاري الصحيح **"فرائض"** ٤؛ مسلم الصحيح **"فرائض"** ٢؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ٨؛ أحمد بن حنبل "المسند" ٢٩٢/١.

[٢] النساء ١١/٤

[٣] البخاري الصحيح **"فرائض"** ٤؛ مسلم الصحيح **"فرائض"** ٢؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ٨.

النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت لأب وأمّ إن للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقى فللأخت »[1]

قال: **وإذا لم يكن للميت**[2] **عصبة من النسب فالعصبة المولى ثمّ أقرب عصبة الموالي.**

وقد بيناه بالاستقضاء في باب الولاء.

[1] البخاري الصحيح **"فرائض"** ٧؛ أبو داود السنن **"فرائض"** ٤؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ٤؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٤٢٨/١.

[2] ف : - للميت



٦٥. ٤ باب الحجب

قال: **وتحجب الأمّ من الثلث إلى السدس[١] بأخوين.**

لما بيّنّا.

قال: **والفاضل عن فرض البنات لبني الابن وأخواتهم ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[٢] والفاضل عن فرض الأختين من الأب والأمّ للأخوة والأخوات من الأب ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[٣]**

لما مرّ من الآية والحديث.

قال: **وإذا ترك بنتاً وبنات ابن وبني ابن فللبنت النصف. والباقي لبني الابن وأخواتهم ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[٤] وكذلك الفاضل عن فرض الأخت من الابن والأمّ لبني الأب وبنات الابن ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[٥]**

لقوله تعالى **﴿ وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ﴾**[٦] [٤٨٨/ب] بعد بيان الواحدة والثنتين.

قال: **ومن ترك ابني عم أحدهما أخ لأمّ فللأخ لأمّ السدس**

بالنصّ

قال: **والباقي بينهما بالعصوبة.**[١]

أصله من ستة. ويصحّ من اثني عشر. وقال ابن مسعود ﷺ المال كلّه للأخ لأم.

قال: **والمشترك أن يترك المرأة زوجاً وأمّاً أو جدة وإخوة لأمّ وإخوة لأب وأمّ فللزوج النصف فللأم السدس ولولد الأمّ الثلث ولا شيء للإخوة لأب وأم.**

وهو قول علي وابن عبّاس وأبي بن كعب وأبي موسى الأشعري ﷺ. وقال عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت ﷺ يترك أولاد الأب والأمّ أولاد الأمّ في الثلث لانتساب الكلّ إلى أم أو جدة. وبه الشافعي. والصحيح مذهبنا لقوله ﷺ « **ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلولي عصبته ذكر** »[2] وههنا لم يبق بعد إلحاق الفرائض شيء فلا شيء للعصبة.

٦٥. ٤. ١ فصل في الفاضل عن فرض ذوي السهام

قال: **والفاضل عن فرض ذوي السهام إذا لم يكن عصبة مردود عليهم بقدر سهامهم إلا على الزوجين.**

وقال الشافعي يوضع الفاضل في بيت المال كمن لا وارث له. ومذهبنا مذهب أكثر الصحابة ولأنّ قرابة النسب توجب أولوية بعضهم بمال بعض لإطلاق قوله تعالى ﴿ **وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله** ﴾[3] ثمّ إن واجب الردّ على جميع من في المسألة من خمسة وبنت وأمّ من أربعة وأمّ وأخوين لأمّ من ثلاثة وأمّ وأخ لأمّ من اثنين. وإن وجب الردّ على البعض من صنف وحد فحد أصل من لا يرد عليه وأدفع إليه سهمه. وأقسم الباقي على من ردّ عليهم بالسوية كزوج وخمس بنات أصله من أربعة سهم للزوج. والباقي بين البنات انكسر عليهنّ فأضرب خمسة في أربعة يصير عشرين خمسة للزوج. ولكل واحدة من البنات ثلثه. وإن كان ممن يرد عليه صنفين[4] فصاعداً فحد أصل من لا يرد عليه وأدفع إليه نصيبه. ثمّ أنظر إلى الباقي. فإن كان مستقيماً على سهام الردّ. وهو ما عاد إليه أصل من يرد عليهم استعتب عن التصحيح كزوجة وجدة وأخوين لأمّ. وإن انكسر فأضرب سهام الردّ كما هي في أصل من لا يرد عليه فما بلغ صحّت منه المسألة كزوج وبنت وبنت ابن. فصل من لا يرد عليه أربعة وسهام الرد أربعة. فأضرب سهام الردّ في ذلك الأصل. وهو أربعة في أربعة يصير ستة عشر للزوج أربعة وللبنت تسعة ولبنت الابن ثلاثة.

---

[1] ف : - بالعصوبة

[2] البخاري الصحيح **"فرائض" ٤**؛ مسلم الصحيح **"فرائض"** ٢؛ الترمذي السنن **"فرائض" ٨**؛ أحمد بن حنبل "المسند" **١/٢٩٢**.

[3] الأنفال ٧٥/٨

[4] ف، ق : صنفان

قال: **ولا يرث القاتل من المقتول.**

بيناه بتفاصيلها [٤٨٩/أ] على وجه الاستقصاء.

قال: **« الكفر كلّه ملة واحدة »**[1] **يتوارث به أهله. ولا يرث المسلم الكافر.**[2] **ومال المرتد**[3] **لورثة المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء.**

وهذا مذهب أبي حنيفة. وقد مرّت المسائل بوجهها من قبل.

قال: **وإذا غرق جماعة أو سقط عليهم حائط فلم يعلم من مات منهم أولاً فمال كلّ واحد منهم للأحياء من ورثته.**

وهو قول[4] أبي بكر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما. وعليه أكثر الفقهاء. لأنّ الأصل في الحوادث الّتي لا يعلم تاريخها أن يجعل كأنها وقعت جميعاً معاً.

٦٥. ٤. ٢ فصل فيما اجتمع في المجوسي قرابتان

قال: **وإذا اجتمع في المجوسي قرابتان لو تفرقا في شخصين ورث أحدهما مع الآخر ورث بهما.**

وهو قول علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم. وعن زيد رضي الله عنه أنّه ورثهم بأحد قراباتهم. وبه مالك والشافعي باعتبار الأبدان. والصحيح قولنا لاجتماع الموصين للحقين[5] كابن عمّ هو أخ لأمّ وبنت هي معتقة كمجوسي يزوّج بنته فولدت بنتاً ثمّ ماتت الصغرى عن الكبرى وابن عمّ فللكبرى خمسة من ستّة النصف بأختية والثلث بالأمية والباقي لابن العم.

قال: **ولا يرث**[6] **بالأنكحة الفاسدة الّتي يستحلونها في دينهم.**

لأن النكاح الفاسد لا يوجب التوارث كمجوسي يزوّج بنته فولدت بنتاً ثمّ مات عنها فالمال بينهما بالبنتية دون الزوجية.

قال: **وعصبة ولد الزنى وولد الملاعنة مولى أمهما.**

---

[1] مالك الموطا **"فرائض"** ١٠٨٢.

[2] البخاري الصحيح **"فرائض"** ٢٦؛ مسلم الصحيح **"فرائض"** ١؛ أبو داود السنن **"فرائض"** ١٠؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ٥؛ ابن ماجه السنن **"فرائض"** ٥؛ أحمد بن حنبل **"المسند"** ٢٠٠/٥؛ مالك الموطا **"فرائض"** ١٠٨٢.

[3] أ : – المرتد

[4] ق : + مذهب

[5] ق : للحق

[6] ف : + المجوسي

قلت معناه والله أعلم أن الأمّ ليست بعصبة له. ولا عصبة الأمّ كما ذهب إليه ابن مسعود رضي الله عنه إنما عصبة مولى الأمّ إذا كان لها مولى. وما ذهب إليه أصحابنا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ووجهه أن الأمّ لما لم تكن عصبة في حقّ غير ولد الزانية والملاعنة. وكذا في حقه كزوي الأرحام.

قال: **ومن مات وترك حملاً وولد[1] توقف ماله حتي يضع امرأته حملها في قول أبي حنيفة.**

فإن طلب الورثة حقوقهم دفع إليهم المتيقن احتياطا. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنّه توقف ميراث أربعة ثنتين. لأنّه عائد[2] ما تلده المرأة فتوقف ذلك احتياطاً. وقال محمد ميراث اثنين. لأنّ الزائد على الأثنين نادر دونهما فتوقف ذلك. وقال أبو يوسف ميراث ابن واحد. لأنّ الغالب هو الواحد. وبناء الأحكام على الغالب إذ تعذر الحقيقة. وعليه الفتوى. وقال الشافعي لا يدفع إلى العصبة شيء لجهالة نصيبه. قلنا هذا المعنى قد بنيت في صاحب الفرض لجواز أن ينتقص نصيبه بالعول.

قال: [٤٨٩/ب] **والجدّ أولى بالميراث من الإخوة عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يقاسمهم إلا أن ينقصه المقاسمة من الثلث.**

ومعناه أن الجدّ أب الأب أولى من الإخوة والأخوات لأب وأمّ أو لأب خلافهما. وهو أولى من أولاد الأمّ بالإجماع. وما ذهب إليه أبو حنيفة قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه. فإن الجدّ يقوم مقام الأب عنده إلا إذا كان مع الجدّ أو أحد الزوجين. فإن للأم فيه ثلث ما بقى في روايته عنهما وثلث جميع المال في رواية. وما ذهب[3] إليه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه. وبه أخذ زفر والحسن ومالك والشافعي. وعليه الفتوى. ومذهب زيد رضي الله عنه فيه مبني على خمسة أصول أن الجدّ يقاسم الإخوة والأخوات لأب وأمّ أو لأب ما لم ينقص نصيبه من الثلث. فإذا انتقص يعطى له الثلث.

قلت وقول المصنّف يقاسمهم إلا أن ينقصه المقاسمة من الثلث مخصوص بهذه الصورة. وهي ما إذا لم يكن مع الجدّ والإخوة من أصحاب الفرائض. أما إذا كان فلا على ما نسبه من التفاصيل إن شاء الله تعالى. مثال جدّ وأربع أخوات فالمال بينهم ﴿ **للذّكر مثل حظّ الأنثيين** ﴾[4] أسداساً. وإن كنّ خمساً فللجد الثلث لا ينتقص نصيبه من الثلث بالمقاسمة وثانيها أنه يعقد بأولاد الأب مع أولاد الأب والأمّ لإظهار نصيب الجدّ لم يرد نصيب أولاد الأب على أولاد الأب والأمّ إلا إذا كانت أختاً واحدة فيرد إليها تمام النصف. والزيادة لأولاد الأب. مثال جدّ وأخت لأب وأمّ وأخوات لأب. أصله من ثلاثة سهم للجد

---

[1] ف : - وولد
[2] ف، ق : غاية
[3] ف، ق : ذهبنا
[4] النساء ١١/٤

سهمان للباقي. لكن نصيب الأخت منها سهم ونصف سهم هو تمام النصف ونصف السهم للأخوين. وتصحّ من اثنى عشر وثالثها أنّه إذا كان مع الجدّ صاحب فرض يأخذ فرضه. ثمّ ينظر إلى ثلثه أسداساً إلى المقاسمة وإلى ثلث ما بقى وإلى سدس جميع المال فما كان خيرا للجد يعطى له.مثاله أم وجد وأخ لأب وأمّ فللأم الثلث. والباقي بينهما نصفان. لأنّ المقاسمة خير له. وإن كان معهما[1] أخوان فثلث ما بقى والمقاسمة سواء. وإن كانوا ثلاثة فثلث ما بقي خير له. وإن كان معهم زوج فسدس جميع المال خير له أصله من سننه. وتصحّ من ثمانية عشر.

ورابعها إن الأخوات المنفردات مع الجدّ عصبات إلا في مسألة الأكدرية. وصورتها زوج وأمّ وجد وأخت لأب وأمّ أو لأب فللزوج النصف وللأم ا لثلث وللجد السدس وللأخت النصف [٤٩٠/أ] بحكم الفرائض[2] لتعذّر المقاسمة والإسقاط ثمّ ما أصاب الجدّ والأخت بينهما ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[3] وإن كان مكان الأخت أخ فلا شيء له كيلا ينتقص نصيب الجدّ من السدس. وسميت المسألة أكدرية ليكدر قول زيد رضي الله عنه فيها أو لأنّها واقعة امرأة أكدرية.

وخامسها أنّه يرى تفصيل الأمّ على الجدّ. مثاله زوجة وأمّ وجد وأخت. أصله من اثني عشر ثلاثة للزوجة وأربعة للأم والخمسة الباقين بين الجدّ والأخت أثلاثاً فيصيب الجدّ منهما ثلاثة.

قال: **وإذا اجتمعت الجدات فالسدس لأقربهن.**

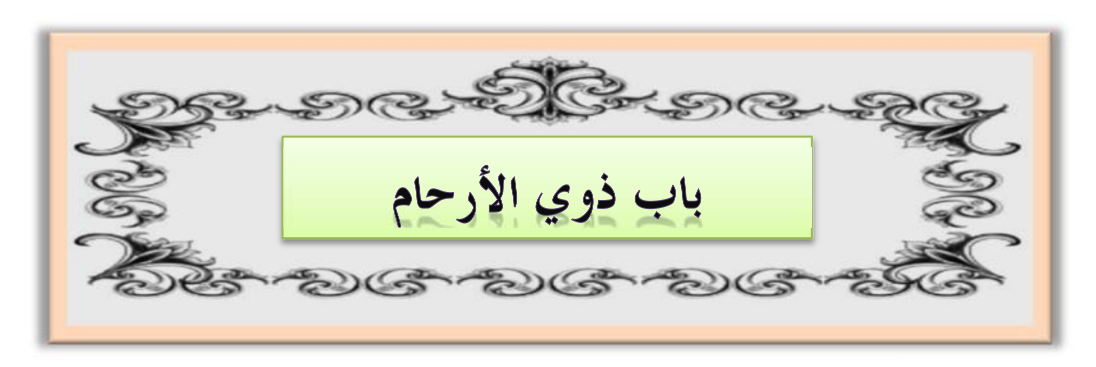
وهو قول علي رضي الله عنه. وبه أخذ أصحابنا. وقال الشافعي إن كنّ من جهة فكذلك. وإن كانت القربى من جهة الأب يشاركها البعدي من جهة الأمّ لقربها. ولنا أنهما لما اشتركتا في سهم واحد كانت القربى أولى من البعدي كالجدات من قبل الأم.

قال: **وتحجب الجد أمها.**

كالابن يحجر ابن الابن ويحجب الجدّ أمه. وهو قول زيد وعثمان رضي الله عنهما. لأنّها تدلي بالأب فلو كانت إحديهما جدة من جهات والأخرى من جهة واحدة. فعند أبي يوسف السدس بينهما نصفين. وعند محمد يرث بحسب الجهات.

---

[1] ق : معها
[2] ف : الفرض
[3] النساء ٤/١١



٦٥. ٥ باب ذوي الأرحام

قال: **وإذا لم يكن للميت عصبة ولا ذو سهم يرث ذوو أرحامه.**

لقوله تعالى ﴿ **وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض** ﴾[١] وجدّ ذي الرحم كلّ قريب من جهة النسب ليس بعصبة ولا صاحب فرض. وأجمع الصحابة على توريثهم إلا زيد بن ثابت ﵁. وهو رواية عن ابن عبّاس ﵄ وابن عمر ﵄. وهو قول مالك والشافعي لقوله ﵇ « **سارني جبريل أن الميراث للخالة والعمّة** »[٢] والصحيح قولنا لما روى أبو هريرة ﵁ أنّه ﵇ قال « **الخال وارث** »[٣] وإنّه راجح لاحتمال نفي الميراث عن العمّة والخالة عند ذوي السهام أو العصبة. فإذا فسد بيت المال يرثون في أصحّ قول الشافعي.

قال: **وهم عشرة ولد البنت وولد الأخت وبنت الأخ وبنت العمّ والخال والخالة وأب الأمّ والعمّ للأم والعمّة وولد الأخ من الأمّ ومن أدلى بهم وأولادهم من كان من ولد الميت. ثمّ ولد[٤] الأبوين أو أحدهما. وهم بنات الإخوة وولد الأخوات. ثمّ ولد أبوي أبويه أو أحدهما. وهم الأخوال والخالات والعمات.**

اعتباراً بالعصبات. ولما قرّر بأمن الوجه في ترتيب العصبات. شق[٥] وأكثر من يورثهم بالتنزيل فيقسمون الإرث أو الاثنين من يدلي من كلّ ذي رحم ثمّ يتركون نصيبه إلى المدلى. مثاله بنت وبنت [٤٩٠/ب] أخت لأب وأمّ أو لأب فالمال كلّه لبنت البنت عندنا. وعند أصحابا لتنزيل يقسم بين

---

١ الأنفال ٧٥/٨

٢ ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٢٤٩/٦؛ الدارقطني السنن ٩٩/٤؛ البيهقي "**السنن الكبرى**" ٢١٢/٦.

٣ أبو داود السنن "**فرائض**" ٨؛ الترمذي السنن "**فرائض**" ١٢؛ ابن ماجه السنن "**ديات**" ٧؛ أحمد بن حنبل "**المسند**" ٢٨/١؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٨١/٤.

٤ ف، ق : + ولد

٥ شق : شرح الأقطع شرح القدوري

البنت والأخت نصفين ثمّ يترل نصيب كلّ واحدة إلى المدلي. ولو تركت بنت أخت وخالاً فالمال عندنا لبنت الأخت. وعندهم بينهم أخماساً باعتبار التتريل ثلاثة لبنت الأخت وسهمان للخال.

قلت وقد ذكر في كثير من نسخ المختصر والشروح أن أولاهم ولد البنت ثمّ ولد ولد الأبوين أو أحدهما. وذكر في زاد الفقهاء أولاهم ولد البنت ثمّ الجدّ الفاسد ثمّ ولد ولد الأبوين أو أحدهما. وهو الصحيح. لأنّ الجدّ الفاسد مقدّم على ولد ولد الأبوين بالإجماع بين أصحابنا. وقد نصّ عليه بعده.

قال: **وإذا استوى وارثان[1] في درجة فأولاهم من أدلى بوارث وأقربهم أولى من أبعدهم وأب الأمّ أولى من ولد الأخ والأخت.**

وإنما قدم المدلي بوارث عند استوائهما في الدرجة كبنت بنت الابن يقدم على بنت بنت البنت لاختصاصها بمزية للإدلاء. لأنّ الوارث أقوى من غيره. والمتصل بالأقوى أقوى. وأما تقديم أب الأمّ على ولد الأخ والأخت فمذهب أبي حنيفة. وقالا يتقدم أولاد الأخ والأخت. لأنّهم من الصلب. وأب الأمّ خارج من الصلب. ولأبي حنيفة أن أب الأمّ يدلي بأحد أبويه فيقدم على من لا يدلي بهم كالجدات الأبوية والأجداد. واختلفت الروايات عن أبي حنيفة في أب أم وبنت بنت. فروي محمد عنه أن أب الأمّ أولى. وروي أبو يوسف والحسن عنه أن بنت البنت أولى. وهو المشهور. لأنّ للبنت فرضاً وتعصيباً عند الابن بخلاف الأمّ فكانت البنت أقوى. والمدلي[2] بالأقوى أقوى. قلت وقد ذكر المصنّف أن أصناف ذوي الأرحام عشرة. وذكر أحكامها محملة فأردت أن أفصلها بتفاصيلها عشرة فصول.

الفصل الأوّل في أولاد البنت أولاهم بالإرث أقربهم إلى الميّت كبنت البنت أولى من بنت بنت البنت. وبنت بنت البنت أولى من بنت بنت ابن الابن. وكذا من ابن بنت ابن الابن. لأنّها أقرب. ولا عبرة للأدلاء يوارث عند البعث ثمّ إذا استويا في الدرجة فالمدلي بوارث أولى على ما مرّ. ولا اعتبار لولد ولد[3] الوارث على الأصحّ. مثاله بنت بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن فهما سواء. والمال بينهما نصفان باعتبار الأبدان عند أبي يوسف. وأثلاثاً عند محمد باعتبار الأصول على ما نقرره إن شاء الله تعالى. فإن اجتمع الذكور [٤٩١/أ] والإناث في درجة واحدة مع اتّحاد الأصول فالمال بينهم ﴿ للذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[4] وأما إذا اختلف الأصول فكذلك عند أبي يوسف ورواية عن أبي حنيفة وعن محمد. وأشهر الروايتين عن أبي حنيفة أنّه يؤخذ العدد من أبداهم والوصف من الأصول. ويقسم المال على ذلك العدد بذلك الوصف. مثاله ابن بنت بنت وبنتا ابن بنت فعند أبي يوسف المال بينهما أرباعاً سهمان لابن بنت

---

[1] ف : – وارثان
[2] ف : المولي
[3] ف : – ولد
[4] النساء ١١/٤

البنت وسهمان لبني ابن البنت. وعن محمد أخماساً سهم لابن بنت البنت وأربعة أخماسه لبني ابن البنت كان مات عن ابني بنت وبنت بنت. وأما إذا اختلف[1] بطن ثمّ أختلف بطن فصاعداً فكذلك عند أبي يوسف يعتبر أبدان الفروع. وعند محمد يقسم المال على البطن الّذي اختلف ولا على الوجه المذكور ثمّ ما أصاب أولئك الأصول يقسم على البطن الّذي اختلف من أولاد جنس. أولئك الأصول على الوجه المذكور. هكذا إلى أن ينتهي مثاله ابن وبنت لابن ابن ابن البنت وابن وبنت لابن ابن ابن بنت البنت وابن وبنت لابن ابن بنت بنت البنت وابن وبنت لابن بنت بنت بنت البنت وابن وبنت لابن بنت بنت بنت البنت الصورة على هذه الصورة. يقسم المال على البطن الّذي اختلف أولاً أثلاثاً ثلثه للاثنين اعتباراً أو ثلثاه لثمان بنات ثمّ ما أصاب البنات يقسم على البطن الّذي اختلف ثانياً أخماساً لوقوع الاختلاف في أولاد البنات دون الاثنين خمساه للاثنين اعتباراً أو ثلاثة أخماسه لست بنات فيحتاج إلى حساب له ثلث وثلثان ولثلثه خمس. وأقله خمسة عشر فللاثنين الأولين ثلث ذلك. وهو خمسة. وللبنات عشرة. ثمّ للابنين في الدرجة الثانية أربعة من عشرة والستة ليست بنات ثمّ ما أصاب البنات يقسم على البطن الّذي اختلف ثالثاً نصفين ثلثه للاثنين اعتباراً وثلثه لأربع بنات ثمّ ما أصاب هذه البنات يقسم على البطن الّذي اختلف رابعاً أثلاثاً سهمان منها للاثنين [٤٩١/ب] وسهم للبنتين ثمّ ما أصاب كلّ أصل فلولديه بينهما أثلاثاً ﴿ **للذّكر مثل حظّ الأنثيين** ﴾[2] وذلك خمسة للأصل الأوّل وأربعة للثاني وثلثه للثالث وسهمان للرابع وسهم للخامس فقد انكسر السهام على أربعة أعداد متساوية بالأثلاث فأضرب ثلاثة في خمسة عشر يصير خمسة وأربعين. ومنها تصحّ المسألة عشرة لابن الأصل الأوّل الأسفل وخمسة لابناه[3] وثمانية لابن الأصل الثاني وأربعة لابناه وستة لابن الأصل الثالث وثلاثة لابناه وأربعة لابن الأصل الرابع وسهمان لابناه وسهمان لابن الخامس وسهم لابناه. ولو كانت الصورة على هذا الوجه يصح من مائة وستة وعشرين على التخريج المذكور. ولو كانت إحديهن نافلة من جهتين أو جهات تورث بحسب الجهات إلا رواية عن أبي يوسف كما مرّ في الجدات. مثاله بنت بت بنت هي بنت ابن بنت وبنت بنت بنت فهما سواء عند أبي يوسف. وعند محمد[4] على هذه الصورة. الربع لبنت بنت البنت وثلاثة أرباعه للأخرى سهمان منها جهة ابنها وسهم من جهة أمها.

الفصل الثاني في الأجداد والجدات الفواسد. أولاهم بالإرث أقربهم إلى الميّت كالعصبات. فإن استووا فالمدلي بوارث على الأصحّ. مثاله أم أب الأمّ وأب أب أم للأم لأنّه يدلي بوارثه. وإن احتمع

---

[1] ق : + في
[2] النساء ١١/٤
[3] ف : - لابناه
[4] ف : - فهما سواء عند أبي يوسف. وعند محمد

الذكور والإناث في درجة واحدة وجهة واحدة. ﴿ فللذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[1] وإن اختلف البطون يقسم بحسب البطون المختلفة للأب الثلثان وللأم الثلث بما صار كلّ واحد منهما فهو لفرقته على هذا الوجه بالإجماع إلا رواية عن أبي يوسف. مثاله أبوا أب أم الأب وأبوا أب أم الأب على هذه الصورة. ففي رواية عن أبي يوسف المال بينهم أسداساً أربعة للأبوين وسهمان للأمين. وعند محمد يقسم المال على البطن الأوّل أثلاثاً ثلثاه للإبن بين ابنه الأبعد وأمه أثلاثاً وثلثه للأم بين ابنها الأبعد وأمها أثلاثاً.

الفصل الثالث في أولاد الأخوات. والرابع في بنات الإخوة. والخامس في ولد الأخ لأمّ. وجمعت الفصول الثلاثة ليعلق مسائل بعضها ما[2] ببعض. فنقول أولاهم بالإرث أقربهم إلى الميّت من الأصناف الثلاثة حتّى أن بنت [٤٩٢/أ] الأخت لأمّ أولى من ابن ابن الأخت لأب وأمّ أو لأب ومن ابن بنت الأخ لأب وأمّ أو لأب لقربها. فإن استووا فالمدلي بوارث فبنت ابن الأخ لأب أولى من ابن ابن الأخت لأب وأمّ. وإن اجتمع الذكور والإناث في درجة واحدة من جهة واحدة ﴿ فللذّكر مثل حظّ الأنثيين ﴾[3] إلا في أولاد الإخوة والأخوات لأمّ. فإنهم سواء عند أبي حنيفة ومحمد باعتبار الأصول خلاف أبي يوسف. وإن اجتمع بنات الإخوة المتفرّقين وأولاد الأخوات المتفرّقات فعند أبي يوسف من كان لأب وأمّ أولى ممن كان لأب. ومن كان لأب أولى ممن كان لأمّ والإرث عند محمد باعتبار الأصول بعدد أبدان الفروع. مثاله بنت أخت لأب وأمّ وبنت أخت لأب وبنت أخت لأمّ فعند أبي يوسف المال لبنت الأخت لأب وأمّ. وعند محمد المال بينهن أسداساً كما في الأصول ثلثه لبنت الأخت لأب وأمّ وسهم لبنت الأخت لأب وسهمان لبنتي الأخت لأمّ وإن كان لواحد منهم قرابتان أو اختلف البطون فالخلاف فيه كما في أولاد البنات.

وأما الفصول الخمسة الباقية فمسائل بعضها يتعلّق بالبعض. وهي الخال والخالة والعمّ لأمّ والعمّة وبنت العمّ على الإطلاق فجعلتها باباً واحداً.[4]

٦٥. ٥. ١ فصل في الخال والخالة

الخال والخالة والعمّ لأمّ والعمّة وبنت العمّ مطلقاً وبنات أبنائهم وأولاد هؤلاء أولاهم بالإرث أقربهم إلى الميت حتّى أن الخالة لأمّ أولى من ابن العمّة لأب وأمّ وبنت العمّ لأب وأمّ. فإن استووا فمن كان لأب وأمّ أولى ممن كان لأب. ومن كان لأب أولى ممن كان لأمّ بالإجماع. وإن اجتمع الذكور والإناث من

---

[1] النساء ١٧٦/٤

[2] ف : - ما

[3] النساء ١٧٦/٤

[4] ف : + والله أعلم

طبقة واحدة ﴿ **فللذّكر مثل حظّ الأنثيين** ﴾[1] والمدلي منهم بوارث أولى على الأصحّ كثلاث ابن العمّ لأب أولى من ابن العمّة لأب وأمّ. وإذا اجتمع قرابة الأب وقرابة الأمّ فلقرابة الأب الثلثان قلّوا أو كثروا والثلث لقرابة الأمّ قلّوا أو كثروا لا يفضل الذكر من أحد الجهتين لذكورته على الأنثى من الجهة الأخرى باعتبار الأب والأمّ. مثاله ثلاثة أخوال وثلاث خالات لأب وأمّ وعمّة لأمّ فللعمّة الثلثان وللأخوال والخالات الثلث.

قلت وإنّما أوردت هذا المثال لزوال جميع الشبهات والشكوك فيها. فإن العمّة لأمّ مع قرابتها من جهة واحدة وانفرادها تستحقّ الثلثان. وهؤلاء مع كثرتهم وقرابتهم من جهتين [٤٩٢/ب] يستحقون الثلث. وإن اجتمع عمه لأب وخالته وعمه لأمّ وخالتها فالثلثان لقرابتي الأب بينهما أثلاثاً والثلث لقرابتي الأمّ بينهما أثلاثاُ لما مرّ. وقال عيسى بن أبان ما أصاب عمه واحد من القرابتين فكلّه لقرابته من قبل أبيه لمرتبة الأب. ونحن نقول المرتبة تحصل بالتضعيف كما في الأبوين واختلاف البطون كما في أولاد البنات. وحكم هذه الأصناف المنتسبة إلى أبوي الميّت وأجداده ما ذكر.

قال: **والمعتق أولى بالفاضل عن سهم ذوي السهام إذا لم يكن عصبة سواه.**

لقوله ﷺ « **فما أبقت الفرائض فلا قرب عصبة ذكر** »[2] ولما مرّ في بابه.

قال: **ومولا الموالات يرث.**

عندنا خلافاً للشافعي لابتقاء القرابة والإعتاق. ولنا قوله تعالى ﴿ **والذين عقدت أيمانكم فأتوهم نصيبهم** ﴾[3] أوجب الميراث بالمعاقدة. ولا يجب سائر العقود وتعين عقد الموالاة.

قال: **وإذا ترك المعتق أب مولاه وابن مولاه فما له للابن وقال أبو يوسف للأب السدس. والباقي للابن.**

كالنسب. ولهما ما مرّ من الحديث. ولأنهما يرثان بالعصوبة فالأقرب أولى وصار كأم مولاه مع أبيه.

قال: **وإذ ترك جدّ مولاه وأخ مولاه فالمال للجدّ في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد هو[4] بينهما.**

---

[1] النساء ١٧٦/٤

[2] البخاري الصحيح **"فرائض"** ٤؛ مسلم الصحيح **"فرائض"** ٢؛ الترمذي السنن **"فرائض"** ٨.

[3] النساء ٣٣/٤

[4] ف : - هو

وهذا بناء على اختلافهم في الميراث على ما مرّ.

قال: **ولا يباع الولاء ولا يوهب.**

ومن الناس من جوز هبة الأعيان. والصحيح ما قلنا لقوله ﷺ « **الولاء لُحمةٌ كلُحمةِ النسب لا يباع ولا يوهب** »[1] ولأنّه سبب يورث به. فلا يصحّ هبته كالنسب والنكاح.

[1] ابن أبي شيبة "**مصنّف**" ٣٠٨/٤؛ عبد الرزاق "**مصنّف**" ٥/٩؛ الزيلعي "**نصب الراية**" ٢٠٠/٤.



٦٥. ٦ باب حساب الفرائض

قال: **إذا كان في المسألة نصف ونصف أو نصف وما بقى فأصلها من اثنين. وإذا كان ثلث وما بقى أو ثلثان فأصلها من ثلث. وإذا كان ربع وما بقى أو ربع ونصف فأصلها من أربعة. وإذا كان ثمن وما بقى أو ثمن ونصف فأصلها من ثمانية. وإذا كان نصف وثلثان أو سدس فأصله من ست. وتعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة. وإذا كان من الربع ثلث أو سدس فأصلها من اثنى عشر. وتعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر. وإذا كان مع الثمن ثلثان أو سدس فأصلها من أربعة وعشرين. وتعول إلى سبعة وعشرين.**

ولا خلاف في هذه الجملة إلا في العول. فإنّه روي عن ابن عبّاس ﷺ أنّه قال لا تعمل الفرائض [٤٩٣/أ] وتدخل النقص على من يصير عصبته في حالة. والصحيح ما قلنا عملاً بنصّ الأنصباء في القرآن وليس البعض أولى بالنقص من البعض. فالحاصل أن أصول الفرائض ستة. نصف وربع وثمن على التنصيف وثلثان وثلث وسدس كذلك. فمتى اختلط النصف بالنصف الثاني فالمسألة من ستة. ومتى اختلط الربع به فمن ضعفها. وهو إثنا عشر. ومتى اختلط الثمن به فمن أربعة وعشرين. ولا خلاف فيها لأنها ضرورية. وأصله أنّه متى اجتمع عندك جزأن أو أكثر فانظر إلى مخارجها مفردة. فإن كانت متساوية يخرج الكلّ من مخرج واحد كالثلث والثلثين. وإن كانت متداخلة كالثلث والسدس والنصف أو الربع والنصف يخرج الكلّ من أكبرها. وإن كانت متوافقة فاضرب وفواحد المخرجين.

قال: **وإذا انقسمت المسألة على الورثة فقد صحت. وإن لم ينقسم سهام فريق عليهم فاضرب عددهم في أصل المسألة. وعولها إن كانت عائلة فما خرجت صحّت منه كامرأة وأخوين. للمرأة الربع سهم وللأخوين ما بقى ثلاثة أسهم لا تنقسم عليهما. فاضرب اثنين في أصل المسألة يكون ثمانية فمنها تصح. فإن وافق سهامهم عددهم ضربت[١] وفق عددهم في أصل المرأة كامرأة وستة إخوة. للمرأة الربع سهم وللإخوة ثلاثة فاضرب ثلث عددهم في أصل المسألة يكون ثمانية. ومنها يصحّ فإن لم تقسم[٢] سهام**

---

[١] ف : فاضرب

[٢] ق : لم تنقسم

فريقين أو أكثر فاضرب أحد الفريقين في الآخر ثمّ ما اجتمع في الفريق الثالث ثمّ ما اجتمع في أصل المسألة. فإن تساوت الأعداد أجزأ أحدهما على الآخر كامرأتين وأخوين فاضرب اثنين في أصل المسألة. فإن كان أحد العددين جزأ من الآخر أغني الأكثر عن الأقلّ كأربع نسوة وأخوين إذا ضربت الأربعة أجزأك عن الأخوين. فإن وافق أحد العددين الأخر ضربت وفق أحدهما في جميع الأخر ثمّ ما اجتمع في أصل المسألة كأربع نسوة وأخت وستة أعمام فالستة توافق الأربعة بالأنصاف[1] فاضرب نصف أحدهما في جميع الأخر ثمّ في أصل المسألة يكون ثمانية وأربعين. ومنها يصحّ فإذا صحّت المسألة فاضرب سهام كلّ وارث في التركة ثمّ اقسم[2] على ما صحّت منه الفريضة يخرج من ذلك حقّ الوارث.

ما ذكره المصنّف في حساب الفرائض جامع كاف. لكنّه في عائد الإيجاز بأحسن الإعجاز.[3] والمبتدئ يحتاج إلى زيادة بسط. فنقول الأصل فيه أن ينظر أولاً إلى سهام كلّ فريق من أصل المسألة. فإن وجدها مستقيمة [٤٩٣/ب] على عدد دروسهم استغنيت عن التصحيح كجدين وثلاث زوجات وأخوين لأمّ وأربع أخوات لأب وأم. أصله من اثني عشر. وعالت إلى سبعة عشر. وسهام كلّ فريق مستقيمة على عددهم. فاستغنيت عن التصحيح. وإن انكسر السهام على بعضهم فلا يخلوا ما أن يتكسر على فريق منهم أو أكثر إلى أربعة لا يزيد على هذا. فإن انكسرت على فريق واحد فانظر. فإن كان بين تلك السهام والرؤوس موافقة فأضرب وفق الرؤوس في أصل المسألة. وعولها إن كانت عائلة فما بلغ صحّت منه المسألة كجدة وعشرة أعمام. أصله من ستّة ونصب الأعمام خمسة. وبينهما موافقة بالخمس. فاضرب خمس الأعمام في الستة تصير اثنا عشر. فمنها صحّت وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب كلّ الرؤوس فرضاً[4] كجدة وثلاثة أعمام فما بلغ صحّت المسألة منه. وأما إذا انكسرت السهام على أكثر من فريق فلا بدّ من نظرين فيها. الأوّل أن ينظر بين السهام ورؤوس من انكسر عليهم تلك السهام. فإن كان بينهما موافقة فحد وفق تلك الرؤوس من كلّ فريق. وإلا فحد كلّ الرؤوس ثمّ انظر إلى المأخوذ من تلك الرؤوس. فإنها لا تخلوا عن خمسة أقسام. إما متساوية أو متداخلة أو متوافقة أو متباينة أو مختلطة. فإن كانت متساوية فمثاله ثلاث جدات وتسع أخوات متفرّقات. أصله من ستّة وغالب إلى سبعة وانكسرت السهام على جميعهن. لكن الأعداد متساوية فأضرب ثلاثة في سبعة. فمنها تصحّ المسألة. وإن كانت متداخلة وهو ما يفتي الأقلّ الأكبر على السواء كثلاثة وستة أو تسعة فاضرب أكثرها في أصل المسألة. وعولها إن كانت عائلة. فمنها تصحّ مثاله جدان وثلاث أخوات لأب وأمّ وبنتاً عشرة أختا لأم. أصله من ستة. وعالت إلى سبعة. وعندك ثلاثة أعداد. اثنان وثلاثة وستة. والاثنان والثلاثة داخلة في الستة فاضرب

---

[1] ق : بالنصف
[2] ف : + ما اجتمع
[3] ف : + لكن
[4] ف : - فرضا

الستة في السبعة صارت اثنين وأربعين. فمنها تصح. وإن كانت متوافقة فاضرب وفواحد العددين في الأخر ثمّ اطلب موافقة بين هذا المجموع الثاني وبنت الرابع واضرب وفواحدهما في جميع الأخر ثمّ أضرب ما اجتمع في أصل المسألة وعولها. فمنها تصح. مثاله أربع جدات وتسع أخوات الأب وأمّ وستة أعمام فأضرب وفق الجدات في الأعمام. وذلك ابنان في ستّة يصير اثني عشر. وبينها وبين التسعة موافقة بالثلث. فاضرب ثلث التسعة في اثني عشر صارت ستّة وثلاثين ثمّ اضرب. هذا المجموع في أصل المسألة وهي الستة بلغ مائتين وستة عشر فمنها تصح. وإن كانت متباينة فاضرب أحد العددين. منها في الآخر [٤٩٤/أ] ثمّ ما اجتمع في الثالث ثمّ ما اجتمع في الرابع ثمّ ما اجتمع في أصل المسألة. وعولها إن كانت عائلة. فمنها تصح. مثاله جدّتان وثلاث أخوات لأمّ وخمسة أعمام فاضرب الاثنين في الثلاثة صار ستّة ثمّ اضرب الستة في خمسة صار ثلاثين ثمّ اضرب الثلاثين في أصل المسألة. وهي ستّة صار مائة وثمانين. فمنها تصح. وإن كانت مختلطة فخذ من المتساويين. أحدهما ومن المتداخلين أكثرهما فهذا المأخوذ أما متوافق أو متباين فاعمل فيهما. وسمناه لك في المتوافقة والمتباينة. والله أعلم.

ثم إذا أردت معرفة نصيب كلّ واحد من الورثة ففيها طريقان يعمان الكلّ وطريق ثان يختصّ المتساوية والمتداخلة. أما الطريق الخاص فهو أن تدفع لكلّ واحد من كلّ فريق مثل ما كان لكلّ ذلك الفريق من أصل المسألة كما في المثال المتساوية ثلاث جدات وتسع أخوات متفرّقات وكان للجدا[1] سهم من أصل المسألة. فادفع لكلّ واحدة من المجموع سهماً. وكان للأخوات لأب وأمّ أربعة فادفع لكلّ واحدة أربعة وللأخوات لأمّ سهمان. فادفع لكلّ واحدة سهمين. وأما في المتداخلة فادفع لكلّ واحد من الأكثر مثل ما يفرقه من الأصل. وارفع إلى كلّ واحد من الفريق الأوّل مثل ما لو نفذ من الأصل إن كان الأكثر مثل الأقلّ وثلاثة أمثاله إن كان الأكثر ثلاثة أمثال الأقلّ على هذا كما في ضربناه لك من المثال. وهو جدّتان وثلاثة أخوات لأب وأمّ وثنتا عشرة أختاً لأم. وقد صحّت من اثنين وأربعين. وكان لست أخوات لأمّ سهم من الأصل. فادفع لكلّ واحدة سهماً ولثلاث أخوات الأب وأمّ أربعة. والأكثر مثله فادفع لكلّ واحدة منهن ثمانية وللجدتين سهم. والأكثر ثلاثة أمثاله فادفع لكلّ واحدة منهن ثلاثة.

وأما الطريقان العامان. فأحدهما أن يضرب سهام كلّ فريق فيما ضرب في أصل المسألة. ويسمى المضروب فما بلغ فاقسمه على عدد ذلك الفريق. وهذا ظاهر سهل مطرد. والثاني طريق النسبة. وهذا الأحسن والأنفع. وهو أن ينسب سهام كلّ فريق إلى ذلك الفريق. وحد تلك النسبة من المضروب وأدفعه إلى كلّ واحد من آحاد ذلك الفريق. وتبين ذلك في المثال الأخير كان للجدين سهم من أصل المسألة ونسبة السهم إليهما النصف فخذ النصف من المضروب. وذلك ثلاثة من ستّة فادفع لكلّ واحد منهما ثلثه. وكان للأخوات لأب وأمّ أربعة وهن ثلاثة نسبة الأربعة إلى الثلاثة مثله فأمثل ثلاثة فادفع لكلّ واحدة مثل

---

[1] ف : للجدات

المضروب ومثل ثلاثة. وذلك ثمانية. وكان لست أخوات لأمّ سهم. وذلك مثل [٤٩٤/ب] سدس فادفع لكلّ واحدة مثل ثلث المضروب وذلك سهم وحسن هذا الطريق أنك لا تحتاج فيه إلى القسمة بل تعرف فيه نصيب كلّ واحد ابتداء. والله الموفق.[١]

٦٥. ٦. ١ فصل في قسمة التركات

وإذا أردت قسمة التركة من الدراهم والدنانير وغيرهما فاضرب سهام كلّ وارث بعد التصحيح في التركة فما بلغ فاقسم المبلغ على سهام التصحيح.[٢] فما خرج من القسم[٣] فهو نصيب ذلك الوارث. مثاله أربع نسوة وأخت لأب وأمّ وستة أعمام. أصله من أربعة. وصحت من ثمانية وأربعين والتركة ستون ديناراً. وأردت معرفة نصيب كلّ وارث من الستين. أما النسوة فاضرب سهامين. وهي اثنا عشرة في التركة. وهي ستون بلغ سبعمائة وعشرين. ثمّ أقسم المبلغ على ثمانية وأربعين خرج خمسة عشر. فهذا نصيبهن من الدنانير. وأضرب سهام الأخت فيها. وهي أربعة وعشرون في ستين بلغ ألفاً وأربعمائة وأربعين ثمّ أقسم المبلغ على ثمانية وأربعين. تخرج ثلاثون. وذلك نصيبها. وأضرب سهام الأعمام. وذلك اثنا عشر كما ضربت سهام النسوة. وأقسم المبلغ على التصحيح. يخرج خمسة عشر. وذلك نصيبهم. وعلى هذا القياس في جميع المسائل.

الفتاوى الهندية ٤٧٣/٦.

٣ ف، ق : القسمة



٦٥ . ٧ باب المناسخة[1]

قال:[2] **وإذا لم تقسم التركة حتّى مات أحد الورثة[3] فإن كان ما يصيبه من الميّت الأوّل ينقسم على عدد[4] ورثته. فقد صحّت المسألتان مما صحّت الأولى منه.**[5]

كزوج وبنت وعم مات البنت عن زوج وعم. فالفريضة الأولى من أربعة. والثانية من اثنين. ونصيب الميّت الثاني اثنان فاستقام على فريضتين.

قال: **وإن لم ينقسم صُحّحت فريضتين[6] الميّت الثاني بالطريقة الّتي ذكرناها ثمّ ضربت إحدى المسألتين في الأخرى إن لم يكن بين سهام الميّت الثاني. وما صحّت فريضته منه موافقة.**

... ينكسر. المبسوط

... بينهم. الفتاوى الهندية ٦/٤٧٠.

[4] ف : – عدد

[5] ق : – منه

[6] ف، ق : فريضة

فما بلغ صحّت منه كزوج وبنت وعم ثمّ مات الزوج عن بنت وعم. فالأولى من أربعة والثانية من اثنين ونصيب الزوج سهم. فلم يستقم على فريضته. وضربت الثانية في الأولى صار ثمانية. فمنها صحت.

قال: **فإن كان بينهما موافقة فاضرب وفق المسألة الثانية في الأولى. فما اجتمع صحّت منه المسألتان.**

كزوج وبنت وعم ماتت البنت عن زوج وبنت وعم. فالأولى من أربعة. وكذا الثانية ونصيب الميّت الثاني سهمان. وبينهما موافقة في النصف. فضربت نصف الفريضة الثانية في الأولى صارت ثمانية فيها [٤٩٥/أ] صحّت المسألتان.

قال: **وكل من كان له في المسألة شيء مضروب في وفق المسألة الثانية ومن كان له في المسألة الثانية مضروب في تركة الميّت الثاني.**

أي في نصيبه من الفريضة الأولى. بيانه فيما ضربناه من المثال كان للزوج الأوّل سهم من فريضته ضربته في وفق الثانية صار سهمين. فذلك نصيبه. وكذا العمّ وللزوج الثاني سهم من الفريضة الثانية ضربته في وفق نصيب الميّت الثاني. وذلك سهم. فذلك نصيبه. وكذا العمّ الثاني وللبنت منها سهمان ضربتهما فيه فكان اثنين وذلك نصيبها.[1]

قلت ذكر معرفة نصيب كلّ واحد من الورثة في المتوافق دون المتباين. ومعرفة النصيب في المتباين أن يضرب مال كلّ واحد منهم من الفريضة[2] البائنة[3] في جميع الفريضة الثانية. فما بلغ فهو نصيبه. ويضرب ما لكلّ واحد منهم من الفريضة الأولى[4] في نصيب الميّت الثاني. فما بلغ فهو نصيبه. ثمّ إن مات بعض ورثة الميّت الثاني فاجعل فريضة الميّت الأوّل والثاني فريضة واحدة على الوجه الّذي ذكرناه. وصحح فريضة الميّت الثاني وعمل بينهما على ما رسمناه لك في فريضة الأوّل والثاني وأنصباءهم. وعلى هذا القياس في الزيادة مثال أخر زوجة وأخت لأب وخمسة أعمام مات الأخت عن زوج وأمّ وبنت وعم. فالمسألة الأولى من عشرين. والثاني من اثني عشر. ونصيب الميّت الثاني عشرة وبينه وبين الثانية مرافقة بالنصف. فضربت نصف الثانية. وهي ستّة في الأولى. وهي عشرون بلغ مائة وعشرون. فمنها صحّت المسألتان. ونصيب الزوجة منها ثلاثون. والأعمام كذلك ونصيب الزوج خمسة عشر. والبنت ثلاثون. والأمّ عشرة. والعمّ خمسة.

---

[1] ف : - نصيبها

[2] ف، ق : + الأولى

[3] ف، ق : -البائنة

[4] ق : الثانية

قال: **وإذا صحّت مسألة المناسخة وأردت معرفة ما نصيب كلّ واحد من حساب الدراهم قسمت ما صحّت منه المسألة على ثمانية وأربعين. فما خرج أخذت له من سهام كلّ وارث حبة حبة.**[1]

وبيانه فيما ضربنا لك من المثال الأخير. فإنّه يصحّ من مائة وعشرين. فإذا قسمتها على ثمانية وأربعين يكون الخارج من القسمة سهمين ونصفاً. فاجعل كلّ سهمين ونصفا حبة. لأنّ كلّ واحد من المقسوم عليه حبة من الدينار أو الدراهم. فيكون الخارج حبة أيضاً. وكان للزوجة من التصحيح ثلاثون سهماً فيكون اثني عشر حبة. وذلك ربع دينار. وللأعمام كذلك فصار نصف دينار. وللبنت أيضاً كذلك فصار ثلثي دينار وطسوجين. وللزوج خمسة عشر. [٤٩٥/ب] وذلك ثمن. فصار خمسة دوانق وطسوجاً. وللأم عشرة. وذلك نصف دانق. وللعم خمسة. وذلك طسوج. فصار المجموع ديناراً تاماً أو درهماً تاماً. فعرفت مقدار نصبه كلّ واحد من الورثة من الدنانير أو الدراهم. مثال آخر في التصحيح الناقص من ثمانية وأربعين زوج وبنت وأمّ وأبن عمّ لأب وأمّ تصحّ من أربعة وعشرين. فإذا قسمتها على ثمانية وأربعين يكون الخارج من القسمة نصف سهم. فاجعله حبة. وكان كلّ سهم حبتين. وللزوج منها ستّة أسهم. فكان اثني عشر حبة. وذلك ربع دينار. وللبنت اثنا عشر سهماً أربعة وعشرون حبة. وذلك نصف دينار. وللأم أربعة أسهم ثماني حبات. وذلك دانق. صار المجموع خمسة دوانق وطسوجين. ولابني العمّ سهمان. وذلك نصف دانق. فصار الكلّ دينار أو لو كان مكان ابني العمّ عمّ واحد كان الخارج من القسمة ربع سهم. فاجعل كلّ ربع سهم حبة تعرف نصيب كلّ واحد من الدينار. وعلى هذا فقس في الزيادة والنقصان.

مستمد إطلاع التوفيق من الحنان المنان مؤملاً مدد العصمة عن الذلل والخطأ والنسيان. فإنّه رب الجود والطول والإحسان.[2]

يقول مولانا وأستاذنا الإمام الأجل العلامة شيخ الإسلام قدوة الأنام صفوة أبناء الأيّام مبين الحلال والحرام محيي الشرائع والأحكام كاشف مشكلات القرآن صاحب علمي المعاني والبيان نجم الملة والدين حجّة الإسلام والمسلمين إمام المتقين سيد المحقّقين سلطان المتفهمين والناظرين أسوة المحدثين والمذكرين مختار بن محمود الزاهدي يديم الله فضله وأفضاله وأدام في الدين والدنيا إقباله. لقد بذلت مجهودي وطقتي. وأعملت مكنتي واسطاعتي في التحاشي عن التبديل والتحريف والتجئت في نقل المسائل والعلل عن الكتب الموثوق بها عن التعبر والتصحيف المحل. لكن القلب بوساوس الدنيا عليك والخاطر بسبب الكبر وكثرة الدرس حسير كليل والنسيان من خصائص الأنسانية والخطأ والذلل شعائر الأدمية.

---

[1] ق : – حبة

[2] ق : تمت كتابة هذا الجزء المبارك من شرح القدوري على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان رحمه الله للشيخ الإمام العالم العلامة الزاهدي رحمه الله زجعل الجنة مثواه بحمد الله تعالى عونه وحسن توفيقه والحمد لله وحده وصلى الله وسلم على من لا نبي بعده وآله وصحبه آمين.

فالمأمول من كرم من كرّم هذا الشرح بالنظر فيه والإحاطة بدقائق مبانيه وأسرار معانيه أن يتدارك هفواته وزلاته فيه بعدما أيقن وجوب تلافيه. فإني ما ركبت فيه تركيباً. ولا أثرت في بسط المسائل والعلل وانحارها وتلفيقها ترتيباً إلا بعد طول التأمل وكثرة المراجعات إليه والتفكر. [٤٩٦/أ] والله ولي العصمة واللطف والتوفيق كلا منا بما أحد الإصابة ومدارك التحقيق وأن يذكروني عند مطالعتهم أياه في صالح أدعيتهم. ويستغفروا لي ولوالدي وأستاذي. أنّه هو الغفور الرحيم.[1] تمت بعون الله وحسن توفيقه.

---

[1] ف : + ووافق الفراغ من تسويده بعون الله وحسن توفبقه وتأييده والحمد لله عبى آلائه والشكر على أفضاله والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله وعترته وصحبه ومن على دينه